

131



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO ROMANO E HISTORIA
DEL DERECHO

"DONACIONES ENTRE CONYUGES EN EL DERECHO
ROMANO Y SU RECEPCION EN EL CODIGO
CIVIL DEL D.F."

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ESTHER CASTILLO RAMIREZ

ASESOR: LIC. MIGUEL JIMENEZ PARRA



MEXICO, D. F.

2002



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.

***Doy gracias a Dios por haberme
permitido terminar mi carrera
y la culminación de la presente tesis***

A MI APRECIABLE UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO Y EN ESPECIAL A LA
FACULTAD DE DERECHO,
EN DONDE INICIE Y CULMINE MI CARRERA,
A MIS QUERIDOS PROFESORES, QUE EN SUS
AULAS ME TRANSMITIERON EL
CONOCIMIENTO DEL DERECHO,
SIN OLVIDAR QUE GRACIAS A ELLOS
SOY UNA ESTUDIOSA DEL DERECHO,
A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS QUE EN LOS
CORREDORES ME DIERON SU ENTUSIASMO Y APOYO
PARA PODER LOGRAR MI ANHELO MÁS GRANDE
DE LLEGAR A SER LICENCIADO EN DERECHO.

AL LIC. MIGUEL JIMÉNEZ PARRA,
POR SU DEDICACIÓN Y AYUDA PARA
LA ELABORACIÓN DEL PRESENTE
TRABAJO, QUIEN CON SUS GRANDES
CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIA
FORMARON EN MI EL ESPÍRITU
DEL ABOGADO QUE PRETENDO
LLEGAR A SER.

DEDICATORIA ESPECIAL.

CON MUCHO CARIÑO, RESPETO Y ADMIRACIÓN
AL PROFESOR FRANCISCO BRAMBILA JAUREGUI,
PORQUE SIN SU OPORTUNO IMPULSO
NO HUBIERA LLEGADO A SER LO QUE SOY.

AL PROFESOR FRUCTUOSO VELÁZQUEZ HERNÁNDEZ,
POR SU APOYO MORAL, POR SU COMPRENSIÓN
Y SU DEDICACIÓN ACADÉMICA
QUE EN CADA MOMENTO ME BRINDÓ.

"GRACIAS MAESTROS"

A MIS PADRES Y HERMANOS,
DEDICO MI TESIS, CON AMOR Y RESPETO.

A MIS SOBRINOS
CON LA ESPERANZA DE QUE SEA
UN EJEMPLO EN EL SENDERO DE
SUS VIDAS

A AQUELLOS FAMILIARES Y AMIGOS
QUE NO HE CITADO,
PERO QUE A TRAVÉS DE ELLOS
HE APRENDIDO Y DE ALGUNA MANERA
INTERVINIERON EN MI FORMACIÓN.
MI ETERNO AGRADECIMIENTO

A MIS PADRES Y HERMANOS,
DEDICO MI TESIS, CON AMOR Y RESPETO.

A MIS SOBRINOS
CON LA ESPERANZA DE QUE SEA
UN EJEMPLO EN EL SENDERO DE
SUS VIDAS

A AQUELLOS FAMILIARES Y AMIGOS
QUE NO HE CITADO,
PERO QUE A TRAVÉS DE ELLOS
HE APRENDIDO Y DE ALGUNA MANERA
INTERVINIERON EN MI FORMACIÓN.
MI ETERNO AGRADECIMIENTO



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO E
HISTORIA DEL DERECHO

Cd. Universitaria, D.F. a 29 enero de 2002

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E.

Me permito comunicarle que la pasante en Derecho ESTHER CASTILLO RAMIREZ, ha elaborado en el Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho, bajo la dirección del LIC. MIGUEL JIMENEZ PARRA una tesis de Licenciatura, intitulada "DONACIONES ENTRE CONYUGES EN EL DERECHO ROMANO, Y SU RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DISTRITAL FEDERAL".

En mi opinión, por lo que al contenido académico y a la redacción se refiere, dicho trabajo reúne los requisitos que señalan las normas universitarias respectivas.

En vista de lo anterior, en mi doble carácter de Asesora y encargada del Seminario mencionado en el membrete del presente oficio, apruebo la tesis presentada para que sea sometida a la consideración del Jurado que se asigne para presentar el examen profesional.

"El interesado deberá iniciar para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPAÑOL"


LIC. RAQUEL SAGAÓN INFANTE
ENCARGADA DEL SEMINARIO DE
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO

Ciudad Universitaria a 5 de noviembre del 2001.

Dr. GUILLERMO FLORIS MARGADANT S.
Director del Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho.
Facultad de Derecho de la U.N.A.M.

Distinguido Señor Director:

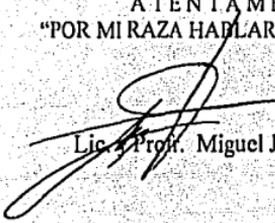
En mi carácter de asesor de la alumna Esther Castillo Ramírez, en la elaboración de su trabajo escrito de tesis intitulado "DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES EN EL DERECHO ROMANO, Y SU RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL D.F.", que ha sido terminado bajo la dirección y revisión del suscrito.

En mi opinión por su contenido académico, reúne los requisitos contemplados por las normas universitarias correspondientes.

Por lo anterior lo someto a su respetable consideración para los efectos de la revisión y en su caso la aprobación y con el oficio respectivo se imprima y sea presentada en el consiguiente examen profesional.

Reitero a usted mi respeto.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"



Lic. y Prof. Miguel Jiménez Parra

INDICE

INTRODUCCION	I
--------------------	---

CAPITULO I

MATRIMONIO EN ROMA.

1. MONARQUÍA.....	1
2. REPÚBLICA.....	12
3. IMPERIO.....	19
4. DEFINICION DE MODESTINO.....	22
5. IUSTAE NUPTIAE.....	24
5.1. REQUISITOS.....	30
5.2. IMPEDIMENTOS.....	31
5.3. EFECTOS JURÍDICOS.....	34

CAPITULO II

ASPECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.

1. ARRAE SPONSALICIAE.....	37
2. DOTE.....	39
2.1. ADVENTICIA.....	44
2.2. PROFECTICIA.....	45
3. DONATIO ANTE Y PROPTER NUPTIAS.....	50
4. CONVENTIO IN MANU.....	53
5. CONVENTIO SINE MANU.....	56

CAPITULO III

DONACION ENTRE CONYUGES EN ROMA.....	58
1. LEX CINZIA.....	65
2. SENADOCONSULTO DE LA ORATIO DE SEPTIMIO SEVERO.....	72
3. D.24.1.1 CITA DE ULPIANO.....	74
4. DIGESTO LIBRO 24.....	77

CAPITULO IV

RECEPCION EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

1. DONACIONES ENTRE CÓNYUGES EN LA NUEVA ESPAÑA.....	83
1.1. EL FUERO JUZGO.....	85
1.2. LAS SIETE PARTIDAS.....	90
1.3. LAS LEYES DE TORO.....	96
2. EN EL MEXICO INDEPENDIENTE DEL SIGLO XI.....	99
2.1. CODIGO CIVIL FRANCÉS (DE NAPOLEÓN).....	101
2.2. CODIGO CIVIL DE 1870 DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA.....	107
2.3 CODIGO CIVIL DE 1884 DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA.....	113
3. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.....	120
4. CODIGO CIVIL DE 1928 DEL D.F.....	124
5. JURISPRUDENCIA.....	137
6. CUADRO COMPARATIVO DEL DERECHO ROMANO CON EL CODIGO CIVIL DEL D.F.....	145
CONCLUSIONES.....	149
BIBLIOGRAFIA.....	151
FUENTES.....	154
LEGISLACION CONSULTADA.....	155
JURISPRUDENCIA.....	156

INTRODUCCION

Surgió la inquietud para la elaboración del trabajo escrito de las donaciones entre cónyuges y su recepción en el Código Civil del Distrito Federal, de encontrar los antecedentes de este tema en el Derecho Romano y la recepción del mismo en México, que se inicia en la época colonial, a través del Derecho Español con enorme contenido del Derecho Romano y su difusión por los estudios en la Real y Pontificia Universidad de México, basado en su plan de estudios en el Corpus Iuris Civilis.

Pretendo concretar el tema en mención, en el matrimonio y la donación que son las fuentes de las donaciones entre cónyuges, partiendo de las disposiciones del derecho romano con su recepción en la legislación mexicana. Con la revisión de las disposiciones del vigente Código Civil de 1928 sus reformas, las obras bibliográficas citadas de juristas mexicanos y de algunos extranjeros que han tratado el tema de las donaciones entre cónyuges.

Para arribar a lo anterior, es de mencionar las iniciales formas de aplicación del régimen patrimonial del matrimonio que estableció un derecho unilateral a favor del hombre al administrar los bienes que ingresaban a formar parte del patrimonio por la celebración del matrimonio, sin que la mujer tuviera participación de estos bienes y sometida a la voluntad de su marido. En la Roma antigua la mujer era tomada como simple cosa y el hombre era el único facultado para disponer de los bienes patrimoniales, y lo importante de la presente tesis es presentar como se fue desarrollando el cambio para que la mujer fuera partícipe de esos bienes.

Como quedó mencionado trataré de la recepción del Derecho Romano al Código Civil del Distrito Federal a través de las diferentes legislaciones a partir de la época colonial como El Fuero Juzgo, la Ley de las Siete Partidas, Las Leyes de Toro, y la influencia del Código Civil Francés de Napoleón.

En la Independencia de México, se pretendió aplicar un derecho nacional publicándose el Código Civil en 1870 del Distrito Federal y territorio de la Baja California, tomando como modelo el Código Civil Francés o Código de Napoleón.

El Código Civil de 1870 y 1884 del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, sobre las donaciones entre consortes estableció permitir las en todo tiempo por los donantes y confirmadas por la muerte del donante, El Código Civil del Distrito Federal de 1928 en vigor con sus reformas, clasifica a la donación en los contratos, preservando las características que el Derecho Romano atribuyó a la donación.

CAPITULO I

❖ MATRIMONIO EN ROMA

1. MONARQUIA
2. REPUBLICA
3. IMPERIO
4. DEFINICION DE MODESTINO
5. IUSTAE NUPTIAE
 - 5.1. REQUISITOS
 - 5.2 IMPEDIMENTOS
 - 5.3 EFECTOS JURIDICOS

1.- MONARQUIA

Es de señalar que para el tema de esta tesis debe ubicarse el matrimonio con aspectos patrimoniales y su evolución en Roma de acuerdo a los diferentes periodos de su historia acorde a las tres diversas formas de gobierno. Iniciando en la Monarquía que tiene su punto de partida en la fundación de la ciudad de Roma y termina con la instauración de la República (753-509 a.C.).

Cabe mencionar que las fuentes de la historia de Roma son dispersas, los primeros historiadores aparecen a partir de la segunda guerra púnica último siglo antes de la Era Cristiana. Destacan Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso, consecuentemente en la Monarquía los datos son escasos por la ausencia de historiadores reconocidos como los mencionados.

Advierte Livio "No es mi intención admitir ni rechazar los hechos que, según la tradición, fueron anteriores a la fundación de la ciudad u ocurridos en los primeros tiempos de la misma, hechos que se presentan más embellecidos por la fábula que apoyados en seguros e incontrovertibles testimonios" (1)

La fundación de Roma, en conocida leyenda se atribuye a los gemelos Rómulo y Remo que fueron amamantados por una loba, después de asesinar a su hermano Remo por no respetar sus dominios, Rómulo es reconocido por sus seguidores como el primer rey romano.

(1) LIVIO, Tito; Desde la Fundación de Roma I- versión española y notas por Agustín Millares C. Imprenta Universitaria. México 1955, pág. 19

El historiador Tito Livio expresa: "Más divulgada está la tradición de que Remo saltó los muros recién construidos, con desprecio de su hermano, y que éste le dio muerte, increpándole con las siguientes palabras: "Así perezca todo el que se atreva a saltar mis murallas". De este modo quedó todo el poder en manos de Rómulo, y la ciudad recibió el nombre de su fundador". (2)

La historia de Roma en los primeros siglos en que los relatos pasaban de generación en generación y teniendo en cuenta que la escritura era en su forma primitiva, esto es cuneiforme y que los historiadores aparecen siglos después de la fundación de Roma, consecuentemente la historia es cuestionable en su veracidad.

Nos dice Mommsen, que no puede afirmarse que Roma haya sido fundada en un día, es el producto de un sinecismo de una lenta fusión de diversos grupos raciales que coincidieron en una época prehistórica en las colinas de la margen izquierda del Río Tiber. (3)

Fundada Roma con arreglo a las conjeturas que la ciencia moderna ha substituido los relatos legendarios de los historiadores y poetas latinos, tres poblaciones concurren a su formación: La Raza Latina: los Ramnenses, que tenían por jefe a Rómulo, La Raza Sabina: los Ticienses, bajo el gobierno de Tatío y por último, La Raza Etrusca; los Lúceres, cuyo jefe lleva el título de Lucuvio. La reunión de estos tres pueblos, agrupados en tres tribus distintas y establecidas sobre las colinas que bordean la ribera izquierda del Tiber, constituía la Ciudad de Roma.

(2) LIVIO, Tito, Op. Cit. pág. 41

(3) MOMMSEN, Theodor, El Derecho Penal Romano, traducción P. Dorado, Editorial La España Moderna, Madrid, s/f, tomo I

En un laberinto de leyendas y verdades esta la historia de la Roma primitiva, autores que no aceptan los relatos de leyenda que aparecen desde la fundación de Roma y el desarrollo de acontecimientos en la Monarquía expresan asertos acorde a la realidad que ellos consideran.

Al respecto el destacado romanista alemán Kunkel, expresa "El Estado Romano de la época arcaica es uno de esos innumerables estados-ciudades de la antigüedad que gravitan en torno a un único reducto fortificado escenario del tráfico económico y la totalidad de la vida política, a su alrededor se extendió un área con caseríos aislados, aldeas abiertas y la reducida extensión de esta área, o sea del territorio estatal, fue el que poseyó la comunidad romana en su nebulosa prehistoria". (4)

Al abordar el tema del origen de la familia en Roma ineluctable para la ubicación del matrimonio, resulta tan controvertido como la fundación de la ciudad de Roma. A través de un dédalo de realidades y leyendas se relata la historia de la Roma Primitiva, influyendo notablemente la religión y habrá que atenerse a la tradición, puesto que la antigüedad del hecho impide comprobar su autenticidad.

Atribuible, según el autor León Homo, al célebre orador romano Cicerón lo siguiente: "Las oraciones fúnebres han llenado nuestra historia de mentiras. Se cuentan en ellas hechos que jamás tuvieron lugar, triunfos imaginarios, consulados cuyo número se ha aumentado, falsas genealogías, falsos pasajes de una familia a otra, haciendo que hombres de una familia oscura nazcan en otra ilustre que lleva el mismo nombre, como si yo dijese, que soy descendiente de M. Tulio, que era patricio y fue cónsul con Servio Sulpicio diez años después de la expulsión de los reyes." (5)

(4) KUNKEL, Wolfgang, Historia del Derecho Romano, Ed. Ariel, Barcelona 1964, pág. 9

(5) HOMO, León; Evolución Social y Política de Roma; Ed. Argos, México, 1944, pág. 12

La Roma antigua presenta una religión politeísta, independientemente de la adoración a los dioses públicos resaltan los dioses familiares, así la religión con sus divinidades domésticas y el pater familias como sacerdote supremo, constituyó fuerte lazo de unión en los integrantes de la familia.

Afirmando la influencia de la religión en la familia de la Roma antigua, Fustel de Coulanges, asienta que la religión ha sido el principio constitutivo de la familia antigua, mencionando: "Habiendo muy justamente observado los historiadores del derecho romano que ni el nacimiento ni el afecto eran el fundamento de la familia romana, han creído que ese fundamento debía encontrarse en el poder paternal o marital. De este poder hacen una especie de institución primordial. Lo que une a los miembros de la familia antigua es algo más poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física: es la religión del hogar y de los antepasados. Por ella la familia forma un cuerpo en esta vida y en la otra. La familia antigua es una asociación religiosa todavía más que una asociación natural." (6)

Monarquía es la primera forma de gobierno constituida por los reyes, elegidos con carácter vitalicio, en la época más remota de Roma funge un rey (*rex*), a quien correspondía la jefatura militar y política, además la representación de la comunidad ante los dioses. Con vigencia aproximada de 250 años, se suceden siete reyes en el poder: *Rómulo*, el fundador, instituye el senado. *Numa Pompilio*, rey sabino, pacífico legislador de quien se dice que introdujo la práctica religiosa en Roma. *Tulio Hostilio*, belicoso, incorpora a Roma su metrópoli Alba, *Anco Marcio*, otro sabino, consolida el poder militar, con la desembocadura del Río Tiber al puerto de Ostia llega Roma al mar. Termina la monarquía con tres reyes etruscos: *Tarquino el Antiguo*, concede

(6) FUSTEL DE COULANGES; La Ciudad Antigua, Estudio sobre el culto, El Derecho y Las Instituciones de Grecia y Roma, Estudio Preliminar de Daniel Moreno, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1974; pág. 26

más facultades al senado, realiza importantes obras de utilidad pública (red de desagüe) y embellecimiento de la ciudad. *Servio Tulio* impone la reforma serviana, con base en el censo económico de la población, se crean los comicios por centurias. *Tarquino el Soberbio*, éste fue el último de los monarcas, era un déspota que pretendía gobernar dictatorialmente y termina siendo destituido y desterrado.

El Senado.- Desde el principio de la Monarquía el senado intervino aconsejando al Rey y sancionando las leyes. Cuerpo permanente en Roma integrado con destacados patricios ancianos calificados como los más sabios, reunión de los principales patres, formaron en torno del rey un poderoso consejo de administración; el Senado deliberaba sobre los asuntos públicos, así como de las proposiciones que había de someter a las curias. Sus integrantes inicialmente con cien miembros, aumentaban acorde a los acontecimientos políticos. Alcanzó su máximo poder en la época de la República, al final de esta reforma de gobierno, asume funciones legislativas por ser el único cuerpo permanente en Roma.

El Dr. Margadant al referirse al senado asienta "compuesto por venerables ancianos (*senes*). Los senadores eran designados por trescientos grupos de familias (*gentes*); en principio parece que hubo aproximadamente, trescientos senadores. Este senado era un elemento oligárquico y gerontocrático". (7)

Comicios por curias.- Complementa la organización política romana los comicios, integrados por los patricios, en principio formaron 30 curias que decidían las proposiciones sometidas a través del Senado, principalmente en las leyes comiciales. Es de comentar que la votación se sustentaba con un voto por curia y cada curia se componía de diverso número de personas que votaban interiormente en la curia para emitir su voto a favor o en contra, finalmente 16 votos de las curias en un mismo sentido representaban la mayoría para la aprobación o negativa correspondiente.

(7) Margadant, S. Guillermo F., *El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, Edit. Esfinge, SA. De C.V. México, 1993, pág. 20

Comicios centuriados.- A partir de la reforma Serviana, con el censo económico de la población de Roma se crearon los comicios por centurias integradas por cinco clases, la primera era de los caballeros exclusivamente de patricios, integrada por dieciocho centurias y las siguientes centurias enumeradas conforme al monto de la fortuna de los demás habitantes de Roma, la primera clase de cien mil ases, ochenta centurias, con la segunda de setenta y cinco mil veinte centurias, con la tercera de cincuenta mil veinte centurias, con la cuarta de veinticinco mil veinte centurias, con la quinta de once mil treinta centurias, dos centurias de zapadores y tres de músicos que hacen un total de ciento noventa y tres centurias. Así los más ricos de Roma se integraron en los comicios centuriados, predominando por el mayor número de centurias, aunque siguieron detentando el poder los patricios que se unieron con los más ricos para lograr la votación mayoritaria conveniente a sus intereses.

Los comicios centuriados, para los efectos del sufragio, votaban como en la curia, esto es, un voto por centuria, así primero votaban las dieciocho centurias de caballeros, después las ochenta centurias de la primera clase, que siendo los más ricos de los plebeyos hacían causa común con los patricios, logrando la mayoría de votos y con ello irrelevante el voto de las centurias restantes, en las cuales estaban los plebeyos pobres. En los comicios por centurias, los destinos de Roma se rigieron por la gente rica, patricia o plebeya, sustituyendo a la aristocracia por la plutocracia. Las leyes centuriadas quitaron paulatinamente la facultad de legislar a las antiguas curias, que no quedaron abolidas pero funcionaron con facultades restringidas.

En de inferir que lo anterior, constituye los grupos de poder en la época de la Monarquía en Roma, sin desestimar el funcionamiento de la población romana y los efectos jurídicos, políticos, sociológicos y religiosos que surgieron.

Organización Socio-económica.- Es de señalar que en este período monárquico, la dominante clase patricia monopoliza el poder quedando relegados los

plebeyos con escasos derechos en la vida política y socioeconómica de Roma. Los patricios, descendientes de los *patres* jefes de las distintas gens. *El rey, senado y comicios estaban integrados por patricios, y formaban el populus romano, independientemente de la posición que ocuparan dentro de sus familias o gens.*

Gens, grupo *supra* familiar con un *nomen gentilicium* y un antepasado común, descendiente por la vía directa de los varones generando el parentesco gentilicio, sus integrantes fuertemente unidos por su propia organización religiosa. La *gens* constituida por una confederación de familias, y Roma fue una confederación de *gens*; que ejercieron fuerte influencia política hasta que el Estado Romano comenzó a consolidarse.

J.Declareuil respecto a la gens, asienta: **El estado romano se formó por la agregación de colectividades preexistentes, las gentes. Precedió al Estado y contribuyó a fundarlo. Aparece como una asociación de familias unidas por la sangre, es decir que se creían salidas de un antepasado común, el nombre del antepasado, *nomen gentilicium* era llevado por todos los gentiles y servía para designar al grupo. Para formar parte de la gens, además de la descendencia por línea masculina del antepasado era preciso que el vínculo gentilicio jamás se hubiese roto”** (8)

La familia representó la base de la estructuración político social primitiva del pueblo romano. La ciudad de Roma, se consideró una confederación de gens, y cada gens, como una confederación de familias. Con su constitución de monarquía doméstica la familia, era indivisible como la religión del hogar de generación en generación no había más que un jefe de familia el *pater familias*, que ejerce la autoridad de *pater* que significa poder.

(8) DECLAREUIL., Roma y la Organización del Derecho. Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana, México, 1954, pág. 26

La domus tenía su culto y fiestas religiosas, *sacra privata*, culto tributado a las divinidades domésticas. *Di Penates, Lar domesticus* o *familiaris* y *Di Manes*, almas de los antepasados, tenían su sepulcro común y el hogar que ardía en el atrio. El paterfamilias era su sacerdote y debía perpetuar sus ritos, es el centro de toda domus romana, dueño de los bienes, señor de los esclavos con vasto poder sobre su esposa in manu e hijos, monarca doméstico que tenía cierta vigilancia de la organización gentilicia y después del censor sobre sus actos.

La familia, en el origen aristocrático y teocrático de la conformación romana es una agrupación en el orden político, en el religioso y privado. Al respecto el autor J. Ortolán expresa: "En el orden político, las familias patricias dominaban. Las familias plebeyas se asimilaban por la clientela. En el orden religioso la familia estaba unida por las relaciones de un culto que le es propio por la obligación a los sacrificios que deben hacer en ciertos días y lugares (*sacra familia sacra gentis*) en parte los mismos lares, los dioses domésticos, esta puede ser obligada hacia tal dios público, hacia Hércules, Minerva... En el orden privado, la familia es en la que, se concentra la propiedad, los efectos de las obligaciones y el derecho a la herencia." (9)

Comprendía la familia romana dos clases de personas: *sui iuris*, únicamente el paterfamilias, sin ninguna dependencia doméstica de otra persona y *alieni iuris*, libres o no, sometidos a su potestad. Los primeros eran la mujer in manu, los hijos y otros descendientes por línea masculina; los segundos eran los esclavos y asimilados a estos calificados como servi, algunas personas libres sometidas in mancipio. Se vinculaban también con la familia los libertos, sobre los cuales el paterfamilias como antiguo amo tenía el iura patronatus que primitivamente implicaba una sujeción muy estrecha, por último estaban vinculación los clientes en forma no esclarecida. No formaban parte de la domus en sentido estricto: La esposa sine manus, mujer que no renunciaba a su antigua domus: Las mujeres de sus hijos casadas *sine manu* y las hijas

(9) ORTOLAN, J., Historia de la Legislación Romana, Librería Paris, Décima Edición, 1884. Pág. 20 Traducción por Román Gallegos

casadas cum manu, los descendientes de sus hijas que pertenecían a la domus del esposo; los hijos emancipados y los hijos que daba en adopción.

Patriarcado.- En su inicio en la familia romana, se encuentra un sistema patriarcal y solamente cuenta el parentesco por línea paterna. La soberanía en la domus es, del *paterfamilias*, generalmente el padre o abuelo paterno, hombre sui iuris, *pater* significa poder. Era investido como magistrado doméstico, en virtud de un derecho propio, respetado y garantizado por la ley, de toda autoridad en su casa, él administraba justicia e imponía penas a los integrantes de la domus, que podían ser hasta de muerte. La familia tenía un patrimonio común del que disponía y administraba el *paterfamilias* sin restricciones.

Alvaro d'Ors, opina de la familia romana "**La palabra familia tiene varias acepciones, pero entendemos aquí por <familia> el conjunto de personas que integran la casa (domus) y que se hallan bajo la potestad (potestas) de un <cabeza de familia> (paterfamilias) la misma palabra pater se refiere al poder**" (10)

Los **clientes**, de origen incierto, posiblemente extranjeros acogidos por el patrón, por carecer de derechos de la ciudadanía romana se subordinaban al *paterfamilias* prestándole ciertos servicios a cambio de protección, defensa en los litigios y actuación en los negocios.

La **plebe**, en un principio no formaba parte de la *civitas* romana, constituía la clase dominada, masa de la población integrada por los más pobres así como aquellos de origen extranjero. Es de mencionar que entre los plebeyos había algunos poseedores de grandes riquezas y personajes importantes procedentes de las ciudades vecinas, cuando la plebe adquirió conciencia de clase, se inició una lucha entre los patricios y plebeyos, que pretendían alcanzar derechos de ciudadanos romanos obteniéndolos en siglos posteriores.

(10) D'ORS, Alvaro, Derecho Privado Romano, tercera edición revisada, Ediciones Universales de Navarra, S.A., Pamplona 1977, pág. 263

El matrimonio romano en la Monarquía como quedó expresado por escasez de datos históricos es difícil su documentación, así como la celebración de los iniciales matrimonios y efectos jurídicos que hubiese producido. Partiendo de la leyenda sobre la fundación de Roma por los gemelos Rómulo y Remo, los primeros pobladores que se refugiaron al asilo romano eran individuos aislados sin que concurrieran familias. la principal necesidad del nuevo pueblo lo constituyó su carencia de mujeres, así la grandeza que pudieran tener no se mantendría más de una generación por el peligro inminente de no producirse la descendencia por la ausencia de relaciones matrimoniales en el interior de la ciudad, y en el exterior con los vecinos. Rómulo, envió emisarios a los pueblos cercanos, a fin de solicitar alianza y que fueran a conocer la nueva ciudad de Roma con intención de apoderarse de las mujeres que concurrieran.

Tito Livio expresa **“Multitud de personas acudieron atraídas por el deseo de contemplar la nueva ciudad, sobre todo las que moraban en los lugares más próximos. Vino asimismo el pueblo entero de los sabinos, con sus mejores mujeres e hijos. Cuando llegó el día de la fiesta, ojos y espíritus estaban completamente absortos en ella, surgió el ataque, conforme a lo convenido, y a una señal, la juventud romana se precipitó a apoderarse de las doncellas...”**⁽¹¹⁾

Los ofendidos Sabinos porque les habían quitado a sus hijas declararon la guerra al pueblo Romano y las Sabinas que estaban complacidas con sus maridos romanos los convencieron que invitasen a sus padres con el fin de reconciliarse. Insisto que debido a la escasez de datos, lo establecido en la leyenda no esta tan alejada de la realidad y no podríamos calificarla de totalmente falsa. Así sería el inicio de la unión entre hombre y mujer y antecedente del matrimonio monogámico en Roma que paulatinamente evolucionó.

(11) LIVIO, Tito, Ob. Cit. pág. 18

Al no aceptarse los relatos de las leyendas con base en las conjeturas formadas por la escasez de datos históricos de que Roma se fundó por el sincretismo de diversos pueblos con su origen en humildes caseríos en que habitaban las primitivas familias de Roma, desde un principio de tipo patriarcal, y el matrimonio monogámico estaba prohibido entre parientes próximos, inicialmente el matrimonio era exclusivo entre patricios reservado al derecho del ciudadano romano del *Connubium*. Es de señalar que la época monárquica el matrimonio entre patricios y plebeyos estaba prohibido difería del matrimonio primitivo de los plebeyos, que no requería solemnidad especial para su celebración.

Debido a la zona gris histórica de la época monárquica es controvertido y con riesgo de incurrir en error la ubicación del aspecto patrimonial del matrimonio referente a las donaciones entre cónyuges, es de señalar que el matrimonio se celebraba concatenado a la convención patrimonial implicada a la "manus", de ahí que se usara la "confarreatio", como forma solemne, para su constitución. La "manus" era la potestad que ejercía el esposo "sui iuris", sobre su cónyuge y el manejo de los bienes de la esposa que incrementaba el patrimonio familiar.

Esta legendaria época monárquica que abarca del año 752 a 509 a de J.C. puesto que como quedó asentado es una zona gris en la historia del derecho romano es cuestionable emitir afirmaciones con certeza de los sucesos de este pueblo romano de rudos campesinos, disciplinados guerreros y activos conquistadores, por la ausencia de historiadores en esta época. El derecho no escrito parece ser que dominó constituyendo el derecho consuetudinario. La caída de la monarquía resultó por la actitud de los reyes etruscos de favorecer a la plebe romana. Afectados los patricios en sus intereses, derrocan al rey etrusco Tarquino, El Soberbio y lo expulsan de Roma, iniciándose así la República.

2.- REPÚBLICA.

República.- Forma de gobierno instaurada en Roma tras la desaparición de la monarquía se inicia en el año 509 a. de. C. y subsiste hasta la instauración del Imperio con el principado por Augusto, año 27 a. de C, periodo en el que son pilares fundamentales las magistraturas, el senado y el pueblo, agrupado en asambleas o comicios. En la República principia la gestación de la grandeza, esplendor y poderío que alcanzó el Imperio Romano. Por las exitosas campañas guerreras y dominio del mar obtienen cuantioso botín integrado por enormes extensiones de territorio y abundante fuente de esclavos con los prisioneros de los pueblos conquistados. El desarrollo socioeconómico es asombroso, aunque la riqueza abunda en pocas manos, los enormes latifundios generan conflictos internos por el control de la tierra para su explotación. Es dable mencionar que el derecho romano monárquico de rudos campesinos da paso a un derecho republicano que recibe la influencia de la filosofía de los griegos que se une con el pragmatismo romano iniciándose a fines de la república el derecho preclásico romano.

Se conservaron de la monarquía, los comicios y el senado, que podrían elaborar las nuevas leyes, en una época de constante guerra se necesitaba un hombre al frente de todo, que dirigiera el ejército, pero colocado sobre todos los demás. En previsión los comicios elegían dos cónsules iguales para ejercer el poder por un año entre los patricios. Los cónsules no gobernaban conjuntamente, el poder de los cónsules comprende el manejo de los ejércitos, la administración propiamente dicha y el poder judicial. El acto no se verificaba si había oposición del otro cónsul, por medio del *ius intercessionis* o veto. El consulado fue una supermagistratura militar, ya que el deber de un cónsul era dirigir el ejército en la batalla. Creadas las nuevas magistraturas para la debida administración y gobierno de la ciudad fueron ejercidas por los patricios y alcanzadas después por los plebeyos.

Los plebeyos fueron excluidos de toda participación en el gobierno y en la administración de Estado al principio en la época de la República, e inician una lucha con la clase patricia que duró por siglos paulatinamente los plebeyos lograron avances importantes para integrarse en las magistraturas reservadas al privilegio de la clase patricia, constituyendo el primer triunfo plebeyo el reconocimiento de los tribunales magistrados de esta acción plebeya que pugnaron por el reconocimiento de derechos para la relegada clase plebeya.

Los plebeyos sostuvieron luchas con los patricios para lograr igualdad social y política, la aplicación de justicia basada en un derecho no escrito y al arbitrio de los magistrados patricios, producía veredictos parciales cuando entraban en litigio causas entre patricios y plebeyos. Con la reforma política social y militar atribuida al legendario Rey Servio Tulio se engañó a los plebeyos con la ilusoria condición de ciudadano de que realmente se desprendieron obligaciones, tanto de aportación fiscal como de prestación del servicio militar.

Los Tribunales.- Al acudir a la guerra abandonaban el cultivo de las tierras, que era su único ingreso, aumentando con ellos sus deudas. Cansados los plebeyos pretenden una sucesión de Roma y se retiran de la ciudad. El senado envía a Menenio Agripa, quien los convence de regresar con su brillante apología "De los miembros y el estómago" y con la concesión de los patricios de establecer magistraturas especiales para los plebeyos que los defiendan de las arbitrariedades de las autoridades. se instituyen los Tribuni Plebis.

Los tribunales de la plebe, que en principio fueron dos, eran magistrados inviolables (sacrosantos) durante su encargo tenían el derecho de veto que podían oponer en Roma o dentro de un radio de una milla alrededor de la ciudad, a toda decisión de los magistrados y hasta el senado mismo, ya que estos tribunales se

constituyeron en los dirigentes de la plebe en su lucha para la igualdad social y política, alcanzando con esto el acceso a las magistraturas.

Concilia Plebis.- Eran asambleas de plebeyos convocadas por los tribunos donde tomaban acuerdos llamados plebiscitos, que en principio solo eran aplicables a ellos, por disposición de la Lex Hortensia en el año 287 a de C obligaron también a los patricios. Los plebiscitos representaron una auténtica victoria plebeya en su lucha para lograr la igualdad política y social con los patricios.

Así la expansión de la ciudad de Roma con la asimilación patricio-plebeya la convirtió en poderoso imperio, los patricios entienden la convivencia de permitir a los plebeyos su igualdad como ciudadanos, resolviendo con ello sus diferencias internas, pudiendo concentrar y reagrupar sus fuerzas para presentar un frente homogéneo a sus adversarios, como se dijo los plebeyos fueron alcanzando las magistraturas y llegaron a ocupar los altos puestos de cónsul, dictador y gran pontífice.

Así tenemos que la ley de las XII Tablas fue una reacción contra el derecho consuetudinario, que había regido en Roma de una manera exclusiva perjudicando a los plebeyos, ya que los Patricios ocupaban todas las magistraturas y absorbían por completo la administración de justicia y los Plebeyos que recurrían en demanda de la justicia siempre se encontraban sometidos al arbitrio de los patricios, y para que se terminaran estas desigualdades y sobre todo el abuso de los patricios hacia los plebeyos el tribuno Terentilio Arza pugnó por el establecimiento de una ley escrita tendiente a evitar los abusos de la clase patricia para los plebeyos con una aplicación de un derecho consuetudinario no escrito que variaba en su aplicación a conveniencia de los intereses de los patricios surgiendo así la primera ley escrita.

Claro está que los tribunos con la *concilia plebis*, fueron determinantes en los logros plebeyos. Con la Ley de las XII Tablas se obtiene la codificación de gran parte del derecho, típica medida plebeya, ya que un derecho consuetudinario en manos de magistrados patricios, fácilmente tiende a ser un arma antiplebeya. Se le reconoce como la primera ley escrita importante del derecho romano. Según la tradición las XII Tablas de madera, en las que posiblemente estaba la codificación de las bases del derecho de la antigua Roma, se quemaron durante la invasión de los galos, en el año 390 a. de C. Es probable que los mandatos de las XII Tablas se hayan transmitido por tradición oral.

A pesar de las inciertas versiones sobre el origen de la Ley de las XII Tablas, se le conoce, por la reconstrucción de gran parte de su contenido, con base en múltiples citas y referencias indirectas. Cicerón las menciona. Los romanos la tuvieron como *fons omnis iuris* (fuente de todo el derecho). En el periodo clásico hay comentarios y popularidad por la Ley de las XII Tablas, que prevalece con la época de Justiniano. El *Corpus Iuris Civilis*, cita varias de sus disposiciones.

Según la leyenda, los magistrados, provenientes de la clase patricia, decidían a su arbitrio si la costumbre constituía derecho o no, este derecho consuetudinario acentuaba el dominio patricio. Los plebeyos para sacudirse de esta presión, por medio del tributo Terentilio Arza, exigen que el derecho se establezca por escrito. Los patricios, acceden y nombran una comisión de diez *decemveri*, todos ellos patricios, que envían a Grecia a inspirarse en el derecho griego (legislación de Solón). En el año 451 a. de C. codificaron en diez tablas, las disposiciones de derecho que regían a patricios y plebeyos. Dos años después se completan y modifican con dos tablas más, elaborando su proyecto una comisión con participación plebeya.

SU CONTENIDO.- Como se mencionó las tablas se perdieron, pero se logró la reconstrucción de gran parte de su contenido. En el siglo XVII aparece un ensayo debido a Jacobus Gothofredus, hay otros de Derksen, Ortolán y Schöll más recientes. De acuerdo con estos estudios su contenido sería como sigue: Las tablas I y II se refieren a la organización judicial y al procedimiento, principio y desarrollo del juicio. III versa sobre la ejecución de los juicios contra los deudores insolventes. IV sobre la potestad paterna, limitando en algunos aspectos su amplio poder. por ejemplo, al padre que mancipaba por tres veces a su hijo, perdería la patria potestad. V establecía disposiciones sobre la tutela y las sucesiones. VI reglamentaba la propiedad estableciendo sus normas generales, modos de transmisión y algunas de sus restricciones. VII se refería a la servidumbre. VIII versaba sobre derecho penal, estableciendo el Talión y quizá haya hablado también de las obligaciones en general. IX se refiere al derecho público y a determinadas relaciones con el enemigo. X se ocupaba del derecho sacro. XI y XII complementaban a las anteriores.

Es de destacar que el autor Ortolan nos dice que las Doce Tablas no resta influencia en el derecho posterior de los romanos, que sirvió como tipo, como modelo primitivo, que fue una disposición semejante, por decir así en el marco antiguo y fundamental que se tomaron los monumentos legislativos de las épocas subsecuentes: El Edicto de los Pretores, el Código de Theodosio, el mismo Código y el Digesto de Justiniano (12)

Como quedó asentado, para ejercer sus poderes el paterfamilias sobre sus sometidos tenía reconocidas las potestas. Quién puede lo más, puede lo menos, si el paterfamilias estuvo facultado por mucho tiempo ejerciendo el *ius vitae nactique*, matar al hijo, venderlo o exponerlo, consecuentemente podía hacerlo con los esclavos.

(12) ORTOLAN, J.; Op. Cit. pag.26 Traducción por Román Gallegos

El poder del paterfamilias de vida y muerte y disposición sobre sus hijos se encuentra establecido en la Ley de las Doce Tablas y según la reconstrucción de esa ley, J. Ortolan asienta: "I. Disposición sobre el niño deforme monstruoso que debía ser muerto inmediatamente. II. Disposición relativa al poder del padre sobre sus hijos: derecho durante, toda su vida y de lanzarlos a prisión, flagelarlos, referarlos encadenados a los trabajos rústicos, de venderlos, o matarlos los mismos cuando administraban los altos cargos de la república. III. Si el padre daba tres veces a sus hijos en venta, este se liberaba del poder paternal". (13)

Respecto al tema del matrimonio romano los tribunos a través de las concilia plebis, obtuvieron destacada disposición legal para la igualdad de la celebración del matrimonio reservado exclusivamente para los patricios al ejercer el connubium, capacidad jurídica para contraer matrimonio justo, así con el plebiscito de la Ley Canuleya se autorizó el matrimonio justo entre patricios y plebeyos, consolidándose así la asimilación de estas clases sociales.

El Dr. Margadant se refiere a la Lex Canuleya asentando: " Poco después en 445, la Lex Canuleya permitió el "matrimonio justo" entre patricios y plebeyos" (14)

A través de las potestas el paterfamilias, intervenía extremadamente en la celebración de los matrimonios siendo requisito indispensable su consentimiento y también por decisión unilateral, intervenía en el divorcio entre los cónyuges sometidos a su potestas, así el derecho de repudio consistía en un acto unilateral y exclusivo del marido para disolver el vínculo matrimonial con las consecuencias adversas para la mujer repudiada.

(13) ORTOLAN, J.; Op. Cit. pág. 106, 107 traducido por Román Callegos

(14) MARGADANT S., Guillermo F. Op. Cit. pág. 32

La organización familiar fue perdiendo lentamente la severidad del primitivo derecho. El matrimonio fue afectado en su consistencia moral. Los matrimonios mixtos que aparecieron y se multiplicaron desde la mitad del siglo V, como quedó expresado la Lex Canuleya rompió con la prohibición tradicional y desde entonces las uniones por el matrimonio justo entre patricios y plebeyos, y los aspectos patrimoniales, referente a la dote y donaciones entre cónyuges se regularon con disposiciones legislativas incluyendo la conventio in manus como consecuencia lógica condujo a la plebe a la reivindicación de sus derechos, la mujer paulatinamente adquiere libertad en la disposición de sus bienes, como será tratado posteriormente.

3.-IMPERIO

Del año 27 a de C. al 565 d de C. tradicionalmente ubican al periodo del Imperio Romano, independientemente de la sobrevivencia del imperio de oriente, es de señalar que debido a la gran extensión territorial del imperio se dividió en occidente y oriente. En el año de 565 de nuestra era se registra la caída del Imperio Romano de Occidente en poder de los bárbaros concomitante a la muerte del emperador Justiniano, quien destacó por su empeño en recopilar lo que se había escrito de Derecho Romano en los siglos anteriores y que o encontraba disperso, quedando como legada a la humanidad la famosa obra legislativa del "*Corpus Iuris Civilis*", con esta colección por orden del emperador Justiniano los jurisconsultos de su época, lograron preservar gran parte del derecho Romano Clásico, aunque se critica por las interpolaciones que hicieron. El Imperio Romano de Oriente sobrevive hasta el año de 1453 que cae en poder de los turcos y el Derecho Romano Bizantino que así fue denominado, en realidad no produjo nuevas instituciones jurídicas y tuvieron como base el llamado Derecho Justiniano a través del *Corpus Iuris Civilis*, que finalmente lo extractaron al máximo con intención de adecuarlo a la época.

Al régimen basado en las costumbres, lo sustituyó un nuevo sistema político, social y jurídico instaurado por Octavio Augusto quien reunió las características para el poder en un solo hombre, a que se había acostumbrado el pueblo romano con las dictaduras. Principado o Diarquía, que es el nombre con que Mommsen califica el gobierno de César Augusto y sus sucesores hasta Dioclesiano, la razón para designar esta fase del imperio como Diarquía, es el poder y la autoridad se compartían entre el emperador y el senado, dividiéndose formalmente las funciones.

En la instauración y consolidación del imperio romano se advierte la importancia de la figura histórica de Augusto, con su extraordinaria visión y su habilidad

política. "El título era nuevo y hacía referencia a diversas concepciones y valores altamente estimados en Roma. El adjetivo *augustus* de la misma raíz que *augure* (aumentar) hace referencia al aspecto carismático de Octaviano protegido y engrandecido por la divinidad por encima de los demás hombres" (15)

LEGISLACION CADUCARIA.- El Emperador Augusto con su espíritu nacionalista para incrementar la población disminuida por las guerras civiles impuso dos leyes: *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*, y *Lex Papia Poppaea* que integraron la legislación caducaria. La primera impone el deber al varón de edad de 25 a 60 años y a las mujeres de 20 a los 50 años que mantienen el estado de célibes de contraer matrimonio. La segunda Lex obliga a la exigencia a que los unidos en matrimonio procreen hijos legítimos, premiando a las mujeres ingenuas que tuvieran tres hijos y a las libertas con cuatro liberándolas de la tutela a que estuvieran sometidas.

Según cita del Digesto, "los Emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla garantizaron la efectividad y aplicación de la Legislación Caducaria imponiendo sanciones, castigando el aborto disponiendo que las mujeres que lo provocaran fueran desterradas. Por otra parte los célibes y los casados sin hijos, quedaban impedidos para aceptar y beneficiarse con liberalidades testamentarias, que pasarían al patrimonio de los padres que tuvieran hijos". (16)

La patria potestad sufre modificaciones suavizando el rigorismo con el que el pater familias ejercía esta potesta, aunque la venta de los sometidos todavía la permitía Justiniano siempre que se tratara de situaciones de emergencia financiera para la familia. Lo anterior es objeto de una amplia y variada legislación durante el Bajo Imperio, finalmente tratada como un crimen equiparable al homicidio, mediatizando de este amplio poder del padre sobre los hijos da un moderado derecho de castigar.

(15) DE CHURUCA JUAN, Introducción Histórica al Derecho Romano. Ed. Rontegui S.A. Bilbao 1992, pág. 129
(16) D.47.11.4

El derecho de familia del antiguo mundo mediterráneo no ha encontrado repercusión en el derecho moderno, contiene una serie de figuras expresamente rechazadas por el derecho actual. En materia de parentesco la historia jurídica romana nos muestra el desarrollo desde la estricta agnación hasta las disposiciones del derecho justinianeo que unificó el parentesco agnaticio con el cognaticio.

"Lex Iulia de Adulteriis", fue una Ley rogada, volada bajo Augusto, posiblemente en el año 18 a. de C., reprimiendo el adulterio, estupro y dificultando el divorcio. La idea de Augusto era la de fomentar la creación de uniones fértiles, opinando que sería más fácil que una unión estéril cediera su lugar a nuevas uniones que quizá darían hijos a la patria. El pueblo romano contemplaba el divorcio indiferentemente, y la principal indiferencia era quizás el miedo del marido a tener que devolver la dote. El vínculo matrimonial adquirió su carácter más riguroso desde el punto de vista moral, obstaculizándose el divorcio considerablemente. Se fomentó la dote y la donación *"propter nuptias"*

"A partir del siglo III a. de C., el contacto con la civilización griega, entre otras razones, motivó el cambio de las rigurosas costumbres primitivas y el debilitamiento de la organización familiar y de la estabilidad del matrimonio. Hizose así más frecuente y fácil el divorcio, eliminándose la necesidad de causa que, por otra parte, resultaban de la costumbre y no de la ley". (17)

En este lapso por disposición del emperador Antonino Caracalla el derecho de ciudadanía se hace extensivo a todos los súbditos del imperio con efectos fiscales tendientes a recaudar mayor cantidad de impuestos de los ciudadanos romanos. Es de mencionar que un senado consulto atribuible a Septimio Severo, es determinante para los efectos jurídicos de la donación entre cónyuges que trataremos posteriormente con amplitud e importancia del tema.

(17)BELLUSCIO, Augusto Cesar, Manual de Derecho Familiar, Ed Depalma, Buenos Aires 1977, pág. 16

4.- DEFINICION DE MODESTINO

DEFINICION DEL MATRIMONIO POR MODESTINO.- En cita del *Digesto* de Modestino relativa al matrimonio: "*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omni vitae, divini et humani juris communicatio*", que se traduce así: "El matrimonio es la unión del hombre y la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos". (18)

La crítica a la definición anterior, consiste en que no es aplicable a la sociedad romana en esa época. Modestino, último de los juristas clásicos, define erróneamente al matrimonio, pues la mujer estaba colocada bajo la potestad del marido como si fuera una hija, *in loco filiae*, aunque en el aspecto religioso la mujer participaba en el culto privado, pero en la época de Modestino poco se practicaba, y por lo que hace a los derechos humanos la mujer en el matrimonio adquiere la condición del marido.

Al respecto Heinecio define "*consorcio de toda la vida y comunicación del derecho divino y humano*. Llaman *unión* al matrimonio, porque por derecho romano el consentimiento hace las nupcias, aun cuando no intervenga el concubito. *Unión del varón y la hembra*, pues a los romanos les estaba prohibida la poligamia simultánea, añaden *consorcio de toda la vida*, pues la mujer estaba obligada a vivir en la misma casa con el marido; de donde se tomaron las frases *domum ducere, uxorem ducere*. Y finalmente, *comunicación del derecho divino y humano*, porque los romanos tenían sus dioses domésticos, a quienes llamaban Lares y Penates; y las mujeres se hacían partícipes de estos misterios domésticos"

(19)

(18) DIGESTO 23. 2. 1.

(19) HEINECIO, Juan; RECITACIONES DEL DERECHO CIVIL ROMANO, TOMO I, Octava edición, editorial Valencia 1888. pág. 131

En la *Institutas* de Justiniano encontramos la siguiente definición del matrimonio: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitae continens*”, que es una traducción más literal expresa: “Nupcias, o matrimonio, es la unión del varón y de la mujer, con el propósito de vivir en comunidad indisoluble” (20)

La crítica a Modestino surge con lo anteriormente expresado, la mujer estuvo en un plano de inferioridad acerca del hombre y con la potestad del pater familias.

A lo anteriormente contemplado Eugene Petit nos indica: “La mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido que tenía autoridad sobre ella, como un padre sobre su hijo, y se hacía además propietario de todos sus bienes. Estos caracteres de la asociación conyugal están trazados en la definición de Modestino. Sin embargo bajo el Imperio los lazos del matrimonio se relajaron bastante con las costumbres del tiempo. El culto privado perdió su importancia, y la manus, cada vez más en desuso, acabo por desaparecer. Por eso, la definición de las *justae nuptiae*, en las Instituciones de Justiniano, ya no hace alusión a la *communicatio divini et humani* entre los esposos.” (21)

Luego entonces podemos distinguir tres fases características en la evolución histórica del matrimonio romano como son:

- ☺ En la primera fase el matrimonio normalmente va acompañado de la “manus”
- ☺ En una segunda, al lado del matrimonio “cum manu” encontramos el matrimonio “sine manus”.
- ☺ En la tercera, la “manus” perdió su importancia y cayó en desuso existiendo únicamente el matrimonio “sine manus”

(20) *Institutas* I,9,1

(21) PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Época México, 1977, pág. 104

5.- IUSTAE NUPTIAE.

El fundamento de la familia romana, en el derecho general de las sociedades, es el matrimonio, en la casa de los romanos, el matrimonio civil las bodas romanas son elementos importantes; pero su base, su fundamento esta en la familia romana, en el orden privado no es una familia natural; es una creación del derecho civil; del derecho de la ciudad. La relación de la familia no es la relación de sangre, la relación producida por el matrimonio y por la generación es una relación de derecho civil, una relación de poder. La familia romana no esta fundada principalmente sobre el matrimonio. esta fundada sobre el poder. También la exposición del derecho a quien le concierne comienza siempre, en la legislación romana, por la teoría del poder marital del pater familias, por lo que el matrimonio solo viene en segundo orden.

SPONSALIA.- Derivado del latín Sponcio; con significado impreciso, compromiso oral y solemne, promesa, garantía y oferta. En un pasaje del Digesto atribuido a Ulpiano **“Se llamaron esponsales de prometer por “sponciones”, pues tenían costumbre los antiguos de estipular y prometer por sponcio con las que iban a ser sus mujeres”.**(22) Los romanos como futuros esposos se comprometen mutuamente para el matrimonio, compromiso que podía ser roto, para sancionarlo se acompañaba de las arras (cantidad convenida de dinero), perdiéndolas el que se rehusara a cumplir su promesa o teniendo que pagar el doble al que las había recibido. En la época clásica, este compromiso tiene un carácter social más que jurídico.

La Iustiae Nuptiae. Se consideró como la unión entre hombre y mujer libres con el reconocimiento de efectos jurídicos (justo matrimonio), es el matrimonio celebrado entre ciudadanos romanos, en un principio, solo para los ingenuos.

(22) D. 23. 1. 2, Op. Cit

En Roma el matrimonio es la plena y legítima unión de convivencia entre hombre y mujer, constituye la fuente primordial de la patria potestad. Este matrimonio no exigía formalidad jurídica o intervención estatal para su celebración, con las solemnidades de la época se establece de acuerdo a la voluntad de los cónyuges (consensus) y desaparecido el afecto marital, para los romanos era monstruoso que persistiera el matrimonio.

De las instituciones de Gayo en su comentario I se desprende:

- 109. Pero mientras que, tanto los hombres como las mujeres pueden estar sometidos a la "potestas" de otro, sometidas a la "manus" (in manu) sólo pueden llegar a estarlo las mujeres.
- 110. Antiguamente por tres modos la mujer quedaba sometida a la "manus"; por el "usus", por el "farreum" y por la "coemptio". (23)

EL MATRIMONIO CUM MANU Y SINE MANU.- La manus, potestad establecida por el derecho civil, puede considerarse como una naturalización doméstica de la mujer en la Domus del marido. La conventio *in manu*, puede combinarse con el matrimonio mismo o con independencia de todo matrimonio, institución utilizada por la mujer para liberarse de una tutela desagradable.

LA CONVENTIO IN MANU, según Gayo se celebrará en tres modos:

USUS.- "Quedaba sometida a la "manus" por el "usus" la mujer que durante un año continuo permanecía casada con su marido. En efecto, es como si hubiera sido usucapida por una posesión anual, y por ello pasaba a la familia del marido y venía a ocupar el lugar de la hija (*loco filiae*). Pero la ley de las XII Tablas dispuso que si ella no quería quedar sujeta a esta potestad, se ausentara tres noches de cada año, y de esta manera interrumpía el "usus"

(23) GAIUS INSTITUTAS I. 109, I 10. Op. Cit.

ese año. Pero todas estas disposiciones en parte han sido derogadas por las leyes y en parte han quedado borradas por el desuso". (24) Se combina el hecho de que una esposa viva ininterrumpidamente con su marido durante el último año y que lo haga con el consecuente consentimiento de su antiguo Paterfamilias para que entre a la domus de su marido, sometida a la manus. Podía la esposa evitarlo, ausentándose tres días del hogar conyugal, para participar de las fiestas religiosas de su antigua Domus, demostrando así que seguía perteneciendo a ella y que el matrimonio había sido celebrado *sine manu*.

b) CONFAERRATIO.- Quedan las mujeres sujetas a la *manus* por la ceremonia religiosa en honor del Dios Júpiter Farreus, en el cual se ofrece un pan de harina de trigo (*panis farreus*), de donde proviene el nombre de "confaerratio" dado a la ceremonia. Además, para completar regularmente este derecho es indispensable realizar otros muchos ritos y pronunciar ciertas y solemnes palabras en presencia de diez testigos. La solemnidad era celebrada para concretar la *conventio in manu*, no para formalizar el matrimonio.

c) COEMPTIO.- Por otra parte se conviene la *manus* por la *coemptio* por medio de la *mancipatio*, es decir una especie de venta imaginaria, en que interviene el antiguo pater familias de la novia y el nuevo, simulando la compra-venta de la esposa, ante la presencia de cinco testigos ciudadanos romanos y un *libripens*.

La mujer en la condición de inferioridad respecto al hombre, que fue colocado en Roma, ya que en un principio se le consideró como una cosa, dentro de la clasificación de la RES MANCIPI, las cosas más apreciadas por los romanos, por la *conventio IN MANU* quedó integrada y sometida a la Domus de su marido y bajo la manus de él o su pater familias. Se colocó a la esposa como *loco filiae* es decir como hija de su marido o del pater familias y hermana de sus propios hijos.

(24) GAIUS INSTITUTAS I 111, 112. Cf. Cit.

MATRIMONIO SINE MANU.- La manus solo existe en el matrimonio, en los primeros siglos de Roma no podía haber matrimonio sin manus. El autor Arangio Ruiz manifiesta: "El matrimonio sine manu ha conservado siempre la estructura conforme a sus orígenes, aunque en época todavía antigua haya sido reconocido como fuente inmediata de derechos y obligaciones, es decir, como relación jurídica él mismo". (25) La conventio sine manu puede combinarse con el matrimonio mismo o con independencia de todo matrimonio, institución utilizada por la mujer sui iuris para liberarse de una tutela desagradable.

CONCEPTO ROMANO DEL MATRIMONIO.- Se traduce en matrimonio la unión duradera y monogámica de un hombre y una mujer, con la intención de procrear hijos y ayudarse mutuamente en la vida. En Roma se reconocieron dos clases de uniones de personas libres *Iustae Nuptiae* y Concubinato, sin que se imponga por el Estado formalidades jurídicas en su celebración. Para efectos patrimoniales se acompañaba de la conventio cum manu y sine manu que fueron expuestas.

"Nupcias, o matrimonio, es la unión del varón y de la mujer, con el propósito de vivir en comunidad indisoluble" (26)

IUSTAE NUPTIAE Y CONCUBINATO EN SENTIDO ROMANO.- El Derecho Romano, nos muestra dos formas de matrimonio, pero Gayo menciona una que es el matrimonio como fuente de patria potestad *Iustae Nuptiae*.- Con consecuencias jurídicas la facultad para contraer *Iustae-Nuptiae*, sólo la tenían los ciudadanos Romanos y algunos Latinos con *ius connubium*. **CONCUBINATO.-** Con consecuencias jurídicas reducidas.

(25) ARANGIO, Ruiz, Instituciones de Derecho Romano, Impreso en Edigraf, Buenos Aires, 1974, pág. 489

(26) GAIUS INSTITUTAS I. 112. Op. Cit.

CONCUBINATO.- El concubinato proviene del Latín *Concubinatus*, relación no regularizada entre un hombre y una mujer. Socialmente respetado, de orden inferior, con pocas consecuencias jurídicas, se contrae por la ausencia del *Connubium* de uno de los cónyuges o por impedimento para contraer la *Iustae Nuptiae*.

La definición de concubinato de acuerdo al diccionario es: "estado de un hombre y una mujer no casados que conviven maritalmente". (27)

Se llama concubinato a la unión permanente entre personas de distinto sexo, sin la intención de considerarse marido y mujer. Semejantes uniones tuvieron en el mundo romano gran difusión, por las prohibiciones que el ordenamiento jurídico decretaba contra ciertos matrimonios, sobre todo de senadores con libertinas, de cualquier ciudadano con prostitutas, de gobernadores de provincia con mujeres de la misma provincia, de los militares, etc. cuando tales disposiciones prohibitivas no se fundaban sobre una grave exigencia moral, la jurisprudencia no consideraba las uniones en cuestión como reprobables, sino como perfectamente lícitas con la salvedad de que no producían los efectos del matrimonio; por ejemplo, el nacido en concubinato se mantenía *vulgo conceptus*, y la liberta unida en concubinato con su patrón conservaba la facultad de abandonarlo, libertad que hubiera perdido, en cambio, en caso de matrimonio. Según esto, el concubinato no era en la época clásica una institución jurídica, sino un campo en el cual el derecho no intervenía.

Solamente en la época pos-clásica la legislación interviene en esta materia, sea para regular en alguna parte la posición recíproca de los concubinos, sea para evitar las consecuencias perjudiciales para la prole. Este último camino es decididamente emprendido por Justiniano: los hijos de la concubina (*liberi naturales*), se

(27) BLANQUEZ Fraile, Agustín; Diccionario Manual, latín-español, español-latín, Sopena Latín, Nueva Edición, Editorial Ramón Sopena, S.A. Barcelona España 1978. pág. 113.

distinguen de los *vulgo concepti*, se hacen capaces de legitimación, adquieren también sin ella algún limitado derecho de sucesión. Por otra parte, queda permitido tener en concubinato también a una mujer *honestá* con tal que esto sea solamente declarado y la mujer se resigne a sufrir una disminución en la *existimatio*; se prohíbe a la liberta concubina abandonar al patrón.

INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO.- Roma fue politeísta hasta principios del Imperio, el culto familiar a los antepasados era concomitante al culto público, con su multiplicidad de deidades, la Diosa Vesta resistió por un tiempo prolongado los embates del *cristianismo* que surgió como la nueva ideología religiosa. Esta religión fundada en la doctrina de Cristo, el más grande de los hombres, que surge como enviado del Dios verdadero, en la época del Emperador Augusto, con su ideología de igualdad, caridad y buen trato para todos los seres humanos, puesto que todos son hijos de Dios y hermanos, germinó en el Imperio Romano, basado en un gobierno Plutocrático y Autócrata con marcadas diferencias en las clases sociales. *El cristianismo* fue la religión de los pobres y de los esclavos, de los desposeídos y maltratados que formaban la mayoría en Roma, religión que triunfa después de intensas persecuciones y matanzas de cristianos, finalmente es tolerada y aceptado su culto en Roma por el Emperador Constantino.

Con el apogeo del Cristianismo, que consagra al matrimonio como un sacramento, se instituyó su celebración formal y reglamentaria por parte de la Iglesia Cristiana, que el Estado Romano tuvo que disputarle en forma franca y abierta. La influencia del *cristianismo* produjo sus efectos en Roma. La consolidación del matrimonio monogámico lo caracterizó indisoluble, propiciando que el concubinato desapareciera.

5.1 REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

- a) **La pubertad.**- “Que sean sexualmente capaces: el hombre, mayor de catorce años; la mujer, mayor de doce”. (28) Esto es la capacidad sexual del hombre para engendrar y de la mujer para concebir, “Justiniano fijó 14 años para el varón y 12 para la mujer. Con esto no podrán contraer *iustae nuptiae*, los castrados y el eunuco, pero sí los de edad avanzada. ya que la impotencia era causa de disolución pero no la nulidad del matrimonio.
- b) **Connubium.**- Con su evolución histórica, antes de la Ley Canuleya, solo los de origen patricio, se podrían casar entre sí, con la Ley mencionada, se autorizó el matrimonio entre patricios y plebeyos con la calidad de ciudadano romano, posteriormente a todos los que hubieran recibido de las autoridades romanas el privilegio de la ciudadanía romana o el Connubium.
- c) **Consentimiento.**- Que hayan dado los cónyuges y en su caso los paterfamilias para celebrar el matrimonio, esto es, la expresión libre de la voluntad para contraer matrimonio, que representa el elemento constitutivo de la *iustae nuptiae*, “cuando los contrayentes no son *sui iuris*” (29)

(28) MARGADANT S., Guillermo F. Op. Cit, pag. 208

(29) DIGESTO, Ob cit. 23,2,2

5.2 IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

Pueden ser de orden religioso, político, social y quizá eugenésicos.

1. Siguiendo los romanos su tradición monogámica, es impedimento para contraer matrimonio, la existencia de un matrimonio anterior de los cónyuges no disuelto.
2. El parentesco de sangre en los grados próximos que se entienden por la influencia religiosa, los lazos espirituales y en el civil, hasta influir el parentesco por afinidad (hermana de la difunta esposa).
3. Que no exista una gran diferencia de rango social, requisito aconsejado por la sensatez, buscando en el matrimonio cierta similitud e interés, tuvo en Roma un refuerzo jurídico.
4. Los adúlteros no podían contraer matrimonio, igualmente el raptor y la raptada disposición esta última absurda y cruel.
5. La existencia de Tutela y Curatela entre los pretendidos impedían su matrimonio hasta la terminación de ellas con la rendición de las cuentas correspondientes.
6. El gobernador estaba impedido de casarse con una mujer de su provincia, igualmente entre los libertos con la clase senatorial.

Al respecto el emperador Gaius nos indica que: “Los obstáculos de los que habla Gaius reciben en la doctrina el nombre de *impedimentos*, los cuales se pueden clasificar en *absolutos* (cuando nos impiden casarnos con cualquier persona del otro sexo: por ej. estar casado, ya que en Roma el matrimonio es monogámico; o haber celebrado voto de castidad) y en *relativos* (cuando impiden casarnos con una o varias personas del otro sexo: p.ej. por parentesco)” (30)

(30) *Institutas Gaius*, Ob. Cit. pág. 30

Disolución del matrimonio *iustae nuptiae*.

- A) **Por repudio.**- El matrimonio se disolverá por declaración unilateral hecha por uno de los cónyuges los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *Affectio Maritalis* había desaparecido. no tenía validez siquiera un convenio de no divorciarse, solo el hombre podía repudiar, a la mujer no se le daba esta facultad solo cuando su esposo era importante.
- B) **Por pérdida del Status Libertatis.**- reducción a la esclavitud y la pérdida de la ciudadanía. (Status Civitatis).
- C) **Por cautividad.**- El matrimonio subsiste si los dos esposos, son hechos prisioneros en el derecho de Justiniano, la cautividad de uno de los esposos no disuelve el matrimonio hasta pasados cinco años.
- D) **Por muerte.**- La viuda debía guardar luto durante diez meses, este plazo se aumenta a 12 con el fin de evitar confusiones de parto, la mujer que se casaba antes incurría en infamia. El viudo podía contraer matrimonio, cuando él quisiera.
- E) **Por divorcio.**- Después la costumbre había cambiado, ya que el divorcio se permitía sin restricción, nace bajo el Imperio la disolución del matrimonio. El matrimonio se disuelve por divorcio porque supone una divergencia de pareceres. En la época de Justiniano, se encuentran cuatro clases de divorcio: 1) por mutuo consentimiento. 2) por culpa del cónyuge demandado. 3) en los casos tipificados por la ley. 4) sin consentimiento por causa legal.

Bona Gratia, no basado en culpa de uno de los cónyuges, fundado en circunstancias que habría hecho inútil, la continuación del matrimonio. En la práctica el esposo que renuncia a la vida común, la hacía del conocimiento del otro empleando ciertas palabras y se manifestaba por una de éstas dos fórmulas: "*Tuas res tibi habeto*" "Ten para tí tus cosas". *Tuas res tibi agito*: "ocúpate tú misma de tus asuntos..." (31)

Las justas nupcias o el matrimonio legítimo son los únicos que producen efectos civiles; así da a los esposos el título de *vir* y de *uxor*; los hijos que nacen de ellos siguen la condición que tenía el padre en el momento de la concepción, y forman parte de la familia.

SEPTIMIO SEVERO Y ANTONIO CARACALLA incrementaron sanciones, castigando el aborto disponiendo que las mujeres que lo provocaran fueran desterradas. Por otra parte los célibes y los casados sin hijos, no podrían recoger liberalidades testamentarias, siendo esto para los que tuvieran hijos.

(31) DI PIETRO ALFREDO, Derecho Privado Romano, Ed. Depalma, Buenos Aires 1996, pág. 327

5.3 EFECTOS JURIDICOS

Son dos los aspectos que por el matrimonio romano producen los efectos jurídicos, el primero con relación a los cónyuges y el segundo con respecto a los hijos, en los términos siguientes:

Surgen derechos y deberes que afectan a ambos contrayentes, no están en igualdad marido y mujer, esta se subordina a aquel, si el matrimonio cum manu, la mujer ocupa el lugar de una hija con respecto a su marido y sus bienes pasan a su patrimonio. Se establece entre los cónyuges una *societas vitae*, esto es que se deben mutua fidelidad su incumplimiento produce adulterio, siendo causa de divorcio, no pueden contraer nuevas nupcias, si no se ha disuelto el matrimonio anterior, produce el parentesco por afinidad. Al marido compete la defensa de la esposa, confiéndole la ley la acción de injurias por razón de las ofensas inferidas a la misma.

De una cita del Digesto "El marido tiene a su favor los *interdicta de uxore exhibenda et ducenda*, para reclamar la mujer a todo tercero que la retenga indebidamente. (32)

Los esposos tienen derecho a la sucesión hereditaria del de *cuius* como cónyuge supérstite, derecho sucesorio que evolucionó consolidándose en las disposiciones de Justiniano. Ambos cónyuges tienen derecho a los alimentos como mutuos acreedores de la obligación alimentaria y como quedó asentado la mujer que celebraba matrimonio cum manu, esto es, combinado con la *conventio in manu* quedaba sometida al pater familias a través de la *manus, potestas* establecida por el derecho civil, por ella pasaba a la familia del marido que se hacía dueño de los bienes de la mujer que ocupaba el lugar de una hija (*loco filiae*) en los términos mencionados en el capítulo precedente. Consecuentemente en su calidad de *alieni iuris*, el pater familias tenía el deber de proporcionarle alimentos a su cónyuge, aunque es de señalar que esto parecería contradictorio con la regla de que a los *alieni iuris* no se les reconocía como titulares del

(32) DIGESTO 43,30,2

derecho de propiedad y aportaban los bienes que obtuvieran al patrimonio familiar, recordando que el único facultado para administrar ese patrimonio era el *paterfamilias* como titular del mismo.

Mención por separado por su interesante situación, implica la mujer que celebraba matrimonio *sine manu*, conservándose la mujer en su familia natural, y que la conventio *sine manu* puede combinarse con el matrimonio o con independencia de todo matrimonio, institución utilizada por la mujer *sui iuris* para liberarse de una tutela desagradable, en tales condiciones cada cónyuge conservaba su patrimonio sin quedar relevado de la obligación alimentaria que se debían mutuamente.

Surge especial reflexión relacionada con el esposo como acreedor alimentario de su cónyuge. Los efectos del matrimonio romano principalmente era fuente de derechos y obligaciones entre los mismos consortes. Independientemente que los cónyuges se deben fidelidad es de señalar que tradicionalmente se acostumbró que la mujer le diera ciertos bienes al marido para sostener las cargas del matrimonio es decir la mujer constituía una dote en su favor, orientada a satisfacer entre otras obligaciones la alimentaria.

Apoya a lo anterior el efecto natural del matrimonio romano de que los cónyuges debían proporcionarse alimentos, contemplándose el deber de la mujer de satisfacer la obligación alimentaria de su marido. Cabe mencionar la presunción musiana, si el marido era declarado en quiebra, se presumía que todo cuanto hubiera adquirido la esposa en el matrimonio procedía del fallido y, por ende, entraban a la quiebra, así con esta presunción en cierta forma la mujer proporcionaba alimentos a su marido.

En cita del Digesto se establece: "Mas si habiendo caído la mujer en una locura muy grave debe permitirse al curador de la loca o a un pariente suyo que acuda al juez competente y se imponga al marido el deber de proporcionar a su mujer todas aquellas atenciones, darle alimentos y procurar su remedio".⁽³³⁾ El deber

(33) DIGESTO 24. 3. 22. 8 Op. Cit.

de proporcionar alimentos a su esposa, evidentemente existe la disposición del deber del cónyuge, aunque este condicionado.

Los efectos respecto a los hijos nacidos del matrimonio *iustae-nuptiae* caen bajo esa patria potestad y son considerados hijos legítimos, forman parte de la familia civil del padre a título de agnados; serán también agnados de la madre si el matrimonio fue *cum manu*. Tienen derecho al nombre, domicilio, trato y fama, pueden reclamar alimentos al padre y a su vez proporcionarlos (desde la época clásica) también tienen derechos hereditarios. Las hijas tienen además derecho a que les proporcione el pater una dote. La patria potestad.- 1.- Es una institución del derecho civil. 2.- Correspondía al descendiente varón y mayor de edad. 3.- La mujer no podía ser titular de la patria potestad. 4.- Era perpetua. 5.- Poder de un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano. 6.- Otorgaba a su titular, derechos sobre la persona y bienes de quienes estaban sujetas a ellas.

Evolución de la patria potestad en el derecho antiguo.- Derechos del pater sobre el hijo en su persona y bienes, poderes hasta de vida y muerte. En el Derecho Clásico, se restringen de los poderes del paterfamilias, suprimiendo el derecho de vida y muerte sobre el *filius*, de romper el matrimonio, de abandonar a los hijos y obligación de proporcionar alimentos entre hijo y padre. Disposiciones de Justiniano.- *Bona-adventitia*, los bienes adventicios son los que adquiere el hijo por sucesión o causa diversa a los que consiguen por conducto del padre, para Justiniano el hijo bajo potestad es propietario de sus bienes pero no puede disponer por testamento, quedan en la administración del paterfamilias en una especie de usufructo condicional al que el de *cujus* pudiera haber dispuesto que esos bienes quedaran exentos de esas facultades paternas. Podía el padre renunciar a ellos en beneficio de su hijo. El usufructo normalmente duraba hasta la muerte del paterfamilias. No tenía obligación de garantizar el manejo del mismo. Así la patria potestad originalmente tenía un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió en una figura jurídica de derechos y deberes entre padres e hijos.

CAPITULO II

❖ ASPECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

1.- ARRAE SPONSALICIAE

2.- DOTE

2.1 ADVENTICIA

2.2. PROFECTICIA

3.- DONATIO ANTE Y PROPTER NUPTIAS

4.- CONVENTIO IN MANU

5.- CONVENTIO SINE MANU

❖ ASPECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

1.- ARRAE SPONSALICIAE

Las arras cantidades de dinero entregadas para garantizar la promesa de futuro matrimonio que hacían los novios.

“Sponsalia” deriva de “sponsio”, con significado de compromiso oral, solemne, con promesa y garantía, en un pasaje del Digesto atribuido a Ulpiano se llamaron “esponsales de prometer por “sponciones”, pues tenían costumbre los antiguos de estipular y prometer por sponsio con las que iban a ser sus mujeres” (34), modalidad primitiva del contrato verbal de estipulación, reservada a los ciudadanos romanos consistente en una interrogación seguida de una respuesta adecuada en términos solemnes, así sponsales se concretaban en las promesas recíprocas de contraer futuro matrimonio e incluso también las promesas las hacían sus respectivos *paterfamilias*. Las personas debían tener capacidad para celebrar sponsales; se permitió que los impúberes mayores de siete años, con el consentimiento de sus *paterfamilias*, pudiesen celebrarlos.

Ahora bien “los sponsales como las nupcias se contraen con el consentimiento de los contrayentes; y por esto conviene que como en las nupcias, así también en los sponsales preste su consentimiento la hija de familia”. (35)

Primitivamente, los sponsales se efectuaban por medio de la *stipulatio* verbal, ya que el convenio que nacía era puramente ético, no jurídico y así podían anular la promesa a voluntad. “Pero dijéronse sponsales, de *spondere* (prometer), porque fue la costumbre de los antiguos estipular y prometer para sí sus futuras mujeres (36). En la República se hacían mediante dos *sponsiones*, en la época clásica bastó con un convenio desprovisto de formalidades, que más bien tenían un carácter social que jurídico. en el Derecho Romano clásico, los sponsales no obligaban a celebrar el matrimonio

(34) Digesto 23.1.2 Ob. Cit.

(35) Digesto 23.1.11 Ob. Cit

(36) Digesto, Libro 23 l. 2

Al respecto el Dr. Margadant nos dice que “Los esponsales son un compromiso, celebrado entre novios, de efectuar las nupcias en un próximo futuro. Para que los novios conserven, empero, su libertad en materia tan delicada, los antiguos romanos habían establecido que no tenían eficacia jurídica, y que una cláusula penal respecto de los esponsales carecía de validez. Sin embargo, la orientalización del derecho posclásico hizo a un lado esta sensata tradición e introdujo las *arrae sponsaliciae* que se otorgaban los novios, a veces por cantidades fuertes, como garantía de que no se retractarían. En caso de ruptura del noviazgo, el novio culpable perdía, en beneficio del inocente, las arras dadas y debía devolver las recibidas. El derecho moderno se mueve hacia una mayor facilidad de ruptura, limitando las sanciones a casos especiales.” (37)

Las consecuencias de esa promesa de futuro matrimonio impide que cualquiera de los novios celebren nuevas esponsales o contraigan nupcias con otra persona, mientras exista la promesa entre ellos de contraer matrimonio, en caso de incumplimiento las penalidades son pecuniarias y no jurídicas, pues si incumplía el novio perdía la cantidad entregada, y si era la prometida debía de entregar el cuádruplo o el doble, de acuerdo a las épocas. “Frecuentemente es en Roma que el novio haga donaciones a la novia con ocasión de los esponsales, pero ni revisten gran importancia desde el punto de vista patrimonial o económico, ni adquieren significación alguno en lo jurídico. Otra cosa ocurre en los pueblos orientales del Imperio, donde está arraigada esta costumbre de hacer donaciones a la novia en correspondencia de la dote, contradote-, y, sobre todo, con el fin de asegurar a la mujer un patrimonio para el caso de que el matrimonio se disuelva. Esta práctica, con lo que tiene de jurídica, toma asiento en la legislación postclásica, siguiendo varia suerte desde Constantino a Justiniano.” (38)

(37) MARGADANT S. Guillermo F., *Civ. Cit.*, pág. 219

(38) GLESIAS, Juan; *DERECHO ROMANO. INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO*. Sexta edición revisada y aumentada, Ediciones Ariel, S.A. Espigueros de Llobregat (Barcelona), Impreso en España, 1958 pág. 575

2.- DOTE.

La dote comenzó estableciéndose como una costumbre ya que en el derecho antiguo cuando se casaba la mujer participaba con el marido en la sociedad y mediante esa participación era justo que ella también contribuyera a los gastos de la casa, ya que la manutención y educación de los hijos no podía quedar solamente a cargo del marido, costumbre que con el paso del tiempo se transformó en una obligación jurídica.

La dote puede constituirse independientemente de que en el matrimonio se haya establecido una conventio in manu o no, así también puede otorgarse antes del matrimonio o después de su celebración.

Lo anteriormente dicho se realizaba cuando la mujer siendo *sui iuris* tenía su propio patrimonio, ya que la manus acompañaba al matrimonio, ya que como al principio era la práctica más frecuente de que todos sus bienes pertenecían al marido, formando la dote en un sentido lato. "Pero era distinto cuando la mujer, siendo *alieni iuris*, no tenía fortuna personal. O cuando *sui iuris*, no caía bajo la manus del marido. Así que, en tal caso, el jefe de la familia de la mujer, si ella era *alieni iuris*, la mujer misma si era *sui iuris*, transfería al marido la propiedad de ciertos bienes; era la dote propiamente dicha. Estos bienes dotales eran adquiridos por el marido de una manera definitiva y, a su muerte, aumentaban para los hijos la sucesión paterna. Pero la mujer *sui iuris* conservaba, fuera de la manus, la propiedad de sus bienes no comprendidos en la dote. Este régimen matrimonial sustituyó completamente, bajo el Imperio, a la manus, que acabó por caer en desuso." (39)

(39)PETIT, Eugene. Ob. Cit. pág. 44.

La dote surgió en el ámbito del matrimonio, ya que sin matrimonio no hay dote y su principal objeto era el de compensar la pérdida de los derechos hereditarios que sufría la mujer, como consecuencia de la ruptura de todo vínculo con su familia paterna, con el carácter de aportación destinada a sufragar los gastos y cargas del matrimonio.

Es oportuno hacer notar la forma en que la dote corre íntimamente ligada a la institución matrimonial, a tal punto que si se constituía con anterioridad al matrimonio -como generalmente ocurría- era requisito indispensable que se efectuara éste, para que la dote se considerara otorgada válidamente, de lo contrario debía restituirse, así pues tal condición se tendrá por suspensiva, para el caso que se hubiese constituido con anterioridad y por resolutoria, cuando se ha otorgado después de la celebración.

Nos parece interesante destacar la opinión de García Garrido con respecto de la dote, considerada ésta, como un ente patrimonial, en tanto que tiene una vida y configuración propia e independiente en cierto modo de los sujetos a que está vinculada, estando afectada a un destino específico, en atención a que los aumentos y disminuciones patrimoniales van referidos al ente dotal y no a los sujetos; afirma que la dote es una particular masa de bienes destinada al matrimonio regulada y concebida como un ente patrimonial propio, y añade: "Tanto el marido como la mujer ejercen derechos y están sujetos a obligaciones por la dote, pero así como el marido asume una función clara como titular y administrador de los bienes matrimoniales, la mujer mantiene una posición secundaria con respecto a estos bienes que solo eventualmente le pertenecen plenamente"⁽⁴⁰⁾.

(40) GARCIA GARRIDO, Manuel. "Ius Uxorium", Roma-Madrid, Cuadernos del Instituto Jurídico Español Núm. 9, 1958, pág. 56 y 57

En Roma, con el cambio de las costumbres trajo modificaciones en los efectos de la dote. El divorcio, que inicialmente había sido raro, se convirtió en frecuente, y tuvieron que preocuparse de asegurar la existencia de la mujer repudiada, cuya dote quedaba en manos del marido. Entonces se acostumbró de que al ser constituida la dote existiera una promesa llamada *stipulatu* en la que el marido se comprometía, en caso de divorcio, a restituir a la mujer ya sea u una parte o la totalidad de la dote, "Sobre las bases de esta disciplina jurídica se cimienta el régimen clásico de la dote, concebida como aportación al sostenimiento del peso económico del matrimonio" (41)

A finales de la República tomó estado la idea de que el marido solamente adquiere la propiedad de la dote en cuanto pesan sobre él las cargas del matrimonio. por obra de la interpretación jurisprudencial, la mujer repudiada tuvo otro medio de recobrar su dote: por medio de una acción especial que se llamó *actio rei uxoriae*, el objetivo de esta acción era que en caso de divorcio podía exigir judicialmente la devolución de los bienes dotales que en equidad le debían ser restituidos, así la propiedad que tenía el marido sobre los bienes dotales se reducía a una simple ficción, en realidad era un usufructuario.

No era suficiente lo dispuesto para la restitución de la dote, sino que también a la mujer se le tenía que proteger y aun más que se le garantizará contra las disipaciones del marido. Era, necesario asegurar a la mujer viuda o divorciada la conservación de su dote, para que pudiera contraer un segundo matrimonio, en virtud de que la mujer sin dote no se casaba fácilmente. Así es que una ley rogada, votada bajo Augusto llamada *Lex Julia de Adulteriis et de Pudicitia* aportó restricciones a los derechos del marido sobre la dote durante el matrimonio, de que éste no las podía enajenar sin que la mujer autorizada tal enajenación. Justiniano, dio después a la mujer nuevas garantías.

(41) IGLESIAS, Juan, Ob. Cit pag. 368

En cita del Digesto “Interesa a la República, que las mujeres tengan a salvo la dote, por la cual pueden casarse”. (42)

Consecuentemente, la dote ya no es adquirida de una manera definitiva y perpetua por el marido, ya que si el matrimonio es disuelto en vida de la mujer, tiene la obligación de restituirla.

Constitución de la dote.-

En la antigüedad, la dote surgió en el ámbito del matrimonio como quedo expresado regía la potestas de la manus, por lo cual la mujer era *agnada* del marido y se colocaba como hija (*loco filiae*), y sus bienes por la *conventio in manu* eran absorbidos por la domus del marido, la dote “*dos o res uxoria* – es el conjunto de bienes o cosas que la mujer, u otra persona por ella, entrega al marido, con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales –*ad sustinenda onera matrimonii.*” (43)

La dote comenzó estableciéndose como costumbre, como un deber moral que se transformó en obligación jurídica en la época postclásica y quizá hasta Justiniano que pesaba sobre el padre y en algunos supuestos sobre la madre.

La cuantía de la dote es de acuerdo a las posibilidades económicas de quien la constituye, la dote como toda donación consiste en un lucro que se realiza de distintas maneras, ya sea por transmisión de propiedad o constitución de cualquier derecho real. “Las cosas dadas en dote, que constan de peso, número y medida, están a riesgo del marido, porque se dan para esto, para que el marido las enajene a su arbitrio, y para que, cuando se haya disuelto el matrimonio, ó el, ó su heredero, restituya otras del mismo género y calidad. (44) así tenemos que, la dote es una donación especial que la mujer hace al marido con el fin de contribuir a las cargas económicas del matrimonio.

(42) Digesto, XXIII, III, 1

(43) IGLESIAS, Juan, Ob Cit Pág. 567

(44) Digesto XXIII, III, 42

A partir de Antonino Caracalla, la constitución de una dote se convirtió para los ascendientes de la hija sui juris o bajo potestad, en una verdadera obligación sancionada por el Derecho civil.

La dote es generalmente constituida antes del matrimonio, y no es entonces válida más que si el matrimonio se realiza. Pero puede también ser constituida o simplemente aumentada durante el matrimonio.

La convención de constituir una dote no es más que un simple pacto, y en el Derecho clásico no tiene nada de obligatorio. Para darle efecto, las partes tenían que recurrir bien a una *datio*, que hacía el marido propietario de las cosas *dotales*, bien a una estipulación o a una *dictio dotis*, que le hacía acreedor del constituyente. Los dos procedimientos eran de derecho común. Pero la mujer sui juris, su padre o su ascendiente paterno, podían sólo obligarse por las *dictio dotis*. En el año 428 de nuestra era. Teodosio y Valentiniano hicieron obligatoria la simple convención de dote, que se convirtió en pacto legítimo, sancionado por la *condictio ex lege*; la *dictio dotis*, sin utilidad en lo sucesivo, cayó en desuso.

En el Derecho justiniano se admite también la constitución tácita de dote, que se produce cuando la mujer, luego de divorciada, vuelve a contraer matrimonio con el antiguo marido, sin haber obtenido la restitución de la que le fuera conferida a éste con ocasión de las primeras nupcias.

La constitución real de la dote se llama *dotis datio* que se cumple a través de los acostumbrados modos de transmisión, ya sea por la entrega efectiva e inmediata de los bienes que la integran, o por la obligación, contraída mediante negocio jurídico.

La dote según que el constituyente sea el ascendiente paterno que ejerce la potestad sobre la mujer, o una persona distinta, comprendida la propia mujer, distínguese la dote, respectivamente, en *profecticia* y *adventicia*.

2.1 ADVENTICIA

Dote constituida por personas distintas al *Pater Familias* o parientes de la mujer. También se llamaba *recepticia*, cuando el constituyente se reservaba el derecho de pedir la devolución de la dote para el caso de que se disuelva el matrimonio o que la mujer muriera.

Por lo que "*dos adventicia: que procede de una persona distinta o de la misma mujer. La dote adventicia se llama también recepticia cuando el que la constituye hace expresa reserva de su restitución a la disolución del matrimonio*".⁽⁴⁵⁾

Ejemplo de dote Adventicia: Si un padre hubiese dado una dote por su hija emancipada la dote es profecticia, no por el derecho de potestad, sino por la condición de ascendiente, sin embargo, solamente si la dio como deudor de la hija y con el consentimiento de ella es adventicia.

En la dote adventicia asiste el derecho al padre para que, en caso de que la hija muera, tenga el consuelo de que se le devuelva la dote que había entregado para que no sufra la pérdida de la hija y de la dote a la vez.

Al respecto el Dr. Margadant manifiesta: "La dote entraba en el patrimonio del marido o de su *paterfamilias*, aunque los derechos de la esposa respecto de la recuperación de la dote reciben sanciones tan enérgicas, que Justiniano duda finalmente si la dote pertenece a él o a ella. Durante el matrimonio, servía para ayudar al pago de los *onera domus* y, en caso de disolución, del matrimonio debía devolverse. Si el matrimonio se disolvía por muerte del marido, o por divorcio, la dote solía restituirse a la esposa; y al padre, si era por muerte de ella. Sin embargo, si un tercero había constituido la dote, éste se reservaba frecuentemente el derecho de volver a reclamarla, en caso de disolución del matrimonio (*dos receptitia*)".⁽⁴⁶⁾

(45) GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, DERECHO PRIVADO ROMANO, Segunda Edición revisada, Madrid 1982, pág. 477,478

(46) MARGADANT S., Guillermo F. Op. Cit. pag. 215

2.2 PROFECTICIA.

La dote podía ser constituida por la mujer misma, o por uno de sus ascendientes, o por un tercero, cuando la constituye directamente el pater familias, también por conducto de su procurador o un gestor de sus negocios.

Respecto de la dote cuando es profecticia mencionaremos algunos ejemplos: diremos que procede cuando la haya dado el padre, o su procurador, ya que haya autorizado a otra para que la dé o que habiéndola dado un gestor de sus negocios, el padre la hubiera confirmado, e igualmente si la dio el que quería hacer una donación al padre se entiende que procede del padre, también si el curador de un loco pródigo, ha dado la dote, y si la dio el pretor o el gobernador de una provincia haya fijado lo que se había de dar en dote a la hija de los bienes del padre cautivo de los enemigos o secuestrado de los bandidos, y si un hijo de familia hubiera prometido una dote y la diera después de haber salido de la patria potestad, la dote es profecticia pues no pagó una deuda de la herencia paterna, sino que pagó, siendo ya cabeza de familia, una deuda propia de cuando era hijo de familia.

Restitución de la dote:

Hemos dicho que la dote, inicialmente es adquirida por el marido de manera definitiva, más tarde estuvo sujeta a la restitución, y cómo fue asegurada esta restitución, primero por *cauciones* sancionadas por la acción *ex stipulatu*, después por la acción *rei uxoriae*, ahora vamos a precisar en qué casos debió ser restituida, y a qué reglas estaban sujetas las dichas acciones, primero en el Derecho clásico, luego bajo Justiniano.

Derecho clásico.

a) La mujer, o cualquiera otra persona que haya constituido la dote, puede estipular su restitución, cualquiera que sea la causa de la disolución del matrimonio, entonces la dote es *recepticia*. Pero si no se ha hecho ninguna estipulación, la restitución de la dote sólo es obligatoria en ciertos casos:

- ❖ Cuando el matrimonio es disuelto por el divorcio o por la muerte del marido.
- ❖ Cuando el matrimonio ha terminado por la muerte de la mujer, la dote queda en principio al marido. Sólo cuando es *profecticia*; vuelve al padre que la ha constituido. Estas reglas ya fueron admitidas en tiempo del jurisconsulto Servio Sulpicio, a fines del siglo VII de Roma.

La dote solo podía ser restituida después de la disolución del matrimonio, pero, por excepción, la mujer podía exigirla durante el matrimonio, cuando el marido se hacía insolvente, hasta el punto de que la dote, estuviera evidentemente comprometida.

La dote también podía ser restituida por la acción *ex stipulatu*, bien por la acción *rei uxoriae*.

La acción *ex stipulatu* pertenecía a toda persona que, al constituir la dote, había estipulado su restitución, esta sólo permite reclamar lo taxativamente convenido, salvo que se haya estipulado la restitución de todo aquello que se deba según la ley *quod indicio rei uxoriae mulier consecutura fuerit*. Tal actio pasaba a los herederos del estipulante.

La acción *rei uxoriae* era de derecho común, que sólo era dada a dos personas:

- ❖ A la mujer viuda o divorciada, o si estaba en potestad paterna, era el padre de familia quien la ejercitaba.
- ❖ Al padre, si el matrimonio se disuelve por la muerte de la mujer y la dote es profecticia.

Entonces tenemos que durante esta época se considera que el marido es el único propietario de los bienes dotedales a él conferidos y como tal puede disponer de ellos a su arbitrio, aunque pueden surgir responsabilidades a su cargo en el caso de tener que restituirla. la mujer no podía oponerse legalmente en forma alguna, en caso que estuviese en desacuerdo con la administración que de los bienes dotedales realizaba su marido. al respecto nos dice Schulz: "La idea de una propiedad meramente fiduciaria o de un depósito, es totalmente extraña al Derecho Clásico" (47)

DERECHO JUSTINIANO.-

Justiniano introduce notables modificaciones en materia de dote y sobre todo, a la obligación de restituirla, esto lo hacia al mismo tiempo que completaba las disposiciones de la ley Julia y aseguraba la conservación de la dote inmueble, por la misma Constitución del año 530, generalizó el principio de la restitución de la dote, creando en provecho de la mujer garantías especiales como son:

- ⇒ En los casos en que la restitución de la dote no ha sido expresamente estipulada en provecho del constituyente, Justiniano decide que se refute a la mujer como si hubiera hecho una estipulación, en virtud de la cual la dote debe ser restituida a ella o a sus herederos, cualquiera que sea la causa de la disolución del matrimonio. El marido, pues, está siempre obligado en lo sucesivo a restituir la dote.

(47) SCHULZ, Fritz. "Derecho Romano Clásico". Barcelona. Bosch Casa Editorial, 1960, pág. 118

⇒ Teniendo lugar la restitución de la dote en virtud de una estipulación expresa o presunta, sólo se da contra el marido la acción *ex stipulatu*. Justiniano declara abolida la acción *rei uxoriae*, para no quitar a las partes las ventajas que les daba. comunica a la acción *ex stipulatu* sus caracteres principales. Así:

- a) La nueva acción *ex stipulatu* es de buena fe;
- b) El marido demandado conserva el derecho de retener el importe de sus gastos necesarios que disminuyen la dote de pleno derecho, todas las demás retenciones son suprimidas;
- c) Goza del beneficio de competencia;
- d) Justiniano, al crear una regla nueva, le concede un plazo único de un año para restituir la dote mueble. Los inmuebles no estimados deben ser devueltos inmediatamente.

⇒ El Derecho clásico no daba a la mujer, como hemos dicho, para asegurar la restitución de la dote, más que un *privilegium exigendi*. Justiniano agregó garantías de una importancia excepcional.

- a) El año 529 se preocupa primero de asegurarle la restitución de los bienes dotales que existen todavía en la naturaleza. Pero la constitución que promulga a este objeto es oscura. Parece haber vacilado entre la doctrina antigua que hacía de la dote propiedad del marido, y una teoría que hubiera estado más en armonía con los nuevos principios sobre la restitución de la dote, y que hubiera consistido en conceder al marido únicamente la administración y el disfrute de la dote durante el matrimonio, quedando la propiedad de la mujer. Sin tomar partido entre estos dos sistemas legislativos, permite a la mujer considerarse como propietaria de los bienes dotales aún existentes, y ejercitar para recobrarlos la acción *rei vindicatio*, o presentarse como acreedora y hacer valer sobre estos bienes un derecho de hipotecas preferente a todos los acreedores del marido, cualesquiera que sean.

b) Esta ventaja era insuficiente cuando la mujer sólo tenía derecho a la restitución de una dote en dinero, pues podía ser adelantada por acreedores hipotecarios del marido. Así en 530, por la constitución que regulaba el ejercicio de la acción *ex stipulatu*. Justiniano le concede una *hipoteca tácita* sobre todos los bienes del marido. Esta hipoteca se verifica a partir del matrimonio o de la constitución de la dote si ésta ha tenido lugar después del casamiento.

Los acreedores hipotecarios anteriores a esta fecha podían aún colocarse antes que la mujer y comprometer el pago de la dote. Numerosas quejas determinaron a Justiniano a aumentar en proporciones exageradas una garantía ya perjudicial al crédito del marido. En 531 decidió que la hipoteca tácita de la mujer sería privilegiada y preferida a todos los acreedores del marido, aun a aquellos cuya hipoteca era anterior al matrimonio.

En Derecho Justiniano el marido ya no es considerado propietario absoluto de la dote, tendrá que ser restituida siempre al efecto dice García Garrido que Justiniano adopta una posición ecléctica y citándose añade: "o bien se admite, dice Justiniano, que la dote es propiedad del marido y entonces la mujer tiene una hipoteca legal privilegiada sobre los bienes de éste, o bien se admite que es ella la propietaria de la dote pudiendo ejercitar la acción reivindicatoria". (48)

(48) GARCIA GARRIDO, Manuel, Ob. Cit., pág. 75

3.- DONACIONES ANTE Y PROPTER NUPTIAS

Es de interés muy especial al iniciar este capítulo hacer mención de la naturaleza de la donación, por lo que el autor J. Declareuil nos indica que, la donación “resultaba de todo procedimiento legal por el cual, con una intención de liberalidad, una persona enriquecía a otra empobreciéndose”,⁽⁴⁹⁾ en su acepción primitiva expresaba no la promesa o la obligación de dar, sino un don realizado, el que había prometido simplemente dar, no podía ser obligado a entregar la cosa y a transferir la propiedad al donatario. Consecuentemente la donación es una causa particular de adquisición, es decir, que nos hace adquirir por los medios ordinarios una cosa que se nos trasmite por liberalidad.

Donación, sus clases: la que se hace por causa de muerte, y otras sin causa de muerte.

La donación por causa de muerte (*mortis causa*) es la que se hace en consideración de la muerte, donación realizada en vida de una persona, que son semejantes a los legados éstas se hacen, “cuando el donante quiere tener la cosa con preferencia al donatario, y que éste la tenga con preferencia al heredero”.⁽⁵⁰⁾

Donación sin causa de muerte (*inter vivos*), esta donación en el derecho clásico tuvo el carácter de una liberalidad irrevocable, salvo que el donatario incumpliese la carga impuesta por el donante, fuese ingrato o sobreviniese un hijo al donante, donación que de ningún modo se puede comparar con los legados, y cuando son perfectas no pueden ser revocadas sin motivo alguno, se perfeccionan cuando el donante manifiesta su voluntad por escrito o verbalmente.

(49) DECLAREUIL, J. Op Cit., pág. 240

(50) INSTITUCIONES DEL EMPERADOR JUSTINIANO, II VII.1.pág. 89, Ob. Cit.

Donatio ante nuptias

Hay otro género de donaciones *inter vivos* siendo desconocida por los antiguos jurisconsultos, ya que en Roma era frecuente que el novio haga donaciones a la novia con ocasión de los esponsales, que no revisten gran importancia desde el punto de vista patrimonial o económico, y mucho menos en lo jurídico, contrariamente sucede en los pueblos orientales del Imperio, en donde está arraigada costumbre de hacer donaciones a la novia en correspondencia de la dote, con la finalidad de asegurar a la mujer un patrimonio para el caso de que el matrimonio se disuelva, práctica con fines jurídicos, asentada en la legislación postclásica, introduciéndose bajo los emperadores Constantino a Justiniano, donación que se llama *ante nuptias*, ya que tenía implícita la condición de que fuera válida cuando posteriormente se celebrara el matrimonio, y nunca tenía lugar después de su celebración. Entonces el Emperador Justiniano permitió aumentar la dote, aun después de celebrado el matrimonio, estableciéndose en una constitución que la donación *ante nuptias*, pudiera aumentarse, contraído ya el matrimonio, siendo llamadas entonces donaciones *propter nuptias*.

Al respecto el auto Juan Iglesias nos manifiesta: "En el Derecho justinianeo la donación antenupcial –*donatio ante nuptias*– tiene el significado de contrapartida de la dote: *nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio*. Ya el antecesor de Justiniano –Justino– permitió que se aumentasen tales donaciones después de contraído matrimonio, y ahora, con un espíritu más amplio, se llega a admitir la posibilidad de otorgarlas *ex novo* durante la vida conyugal. De aquí proviene el cambio de la vieja denominación por la de *donatio propter nuptias*"⁽⁵¹⁾

(51) IGLESIAS, Juan. Ob. Cit. pág. 575

El objeto de la donación ante nupcias era el atribuir a la mujer una porción de bienes que forma a su favor la garantía por decirlo de otra manera la compensación de su dote, de igual manera que el marido debe devolver la dote al disolverse el matrimonio, la mujer debe devolver los bienes comprendidos en la donación *ante nuptias*.

Donatio propter nuptias

La donación *propter nuptias*. Es una donación hecha a la mujer por el marido o por un tercero, cuando se realiza el matrimonio, la utilidad de este uso fue, la de restablecer la igualdad entre los cónyuges y aumentar los recursos de la mujer a la disolución del matrimonio. La donación *propter nuptias* fue para la mujer lo que la dote para el marido, el emperador Justiniano decidió también, que solo podía haber donación *propter nuptias* si había constitución de dote, y que era precisa la igualdad entre las aportaciones de los cónyuges, como entre sus ganancias de supervivencia.

La donación *propter nuptias*, esta ligada a la dote con el objetivo de formar un mismo régimen patrimonial, estando sujeta a ciertas reglas semejantes:

- a) Mientras dure el matrimonio la donación tiene el mismo destino que la dote; sus frutos deberán servir a procurar recursos a la familia. El marido tiene la administración y el disfrute de los bienes donados; con la prohibición de enajenar o hipotecar el fundo dotal se extiende a los inmuebles comprendidos en la donación *propter nuptias*.

A la disolución del matrimonio por muerte del marido, la donación vuelve a la mujer como ganancia de supervivencia, restitución garantizada, como la de la dote, por una hipoteca general, pero no privilegiada, sobre los bienes del marido.

4.- CONVENTIO IN MANU

La Manus.- En tiempos de las XII Tablas había dos clases de matrimonios: Cum Manu y Sine Manu.

En los matrimonios "*In Manu*", regía el sistema patriarcal propio de los hijos, todos los bienes aportados por la mujer pasaban *ipso iure* incrementando el patrimonio del marido, así como todo lo que la mujer adquiriese durante el matrimonio, ya fuera por herencia, donación, trabajo o cualquier otro medio, la mujer ocupaba el lugar de una hija *loco filiae* "No se puede pertenecer a dos familias ni a dos religiones domésticas; la mujer se encuentra enteramente en la familia y en la religión del su marido"⁽⁵²⁾, es decir como hija de su marido o del pater familias y hermana de sus propios hijos. El marido por su parte, responde por las deudas contraídas por la mujer durante el matrimonio, las anteriores quedaban nulas por la "*capitis deminutio*" que el matrimonio suponía. En caso de que el marido se negara a cubrir las deudas de su esposa válidamente adquiridas aún antes del matrimonio, el pretor sujetaba a concurso los bienes de la mujer, lo que significaba no celebrado el matrimonio en lo que al patrimonio de la mujer se refería. A la muerte del marido, la mujer "*in manu*", tenía pleno derecho hereditario sobre bienes e hijos.

"Antiguamente por tres modos la mujer quedaba sometida a la "manus": por el "usus", por el "farreum" y por la coemptio".⁽⁵³⁾

(52) De Colulanges. Fuset, Ob. Cit. pág. 60

(53) Gaius Institutas. I 110. pág. 44. Op. Cit

LA CONVENTIO IN MANU, se celebrara en tres modos:

- a) USUS.- Es una forma de la adquisición de la “*manus*” o sea una especie de potestad que tiene el hombre sobre su mujer. Para la existencia del “*usus*” se requería esencialmente que el marido tuviera la posesión tanto pública como ininterrumpida de la mujer por los menos durante un año, y por ello pasaba a la familia del marido y venía a ocupar al lugar de la hija *loco filiae* en esta forma era lógico suponer una tranquila convivencia de los consortes, con la ventaja para la mujer que, en el momento del casamiento, tenía la facultad para eludir la Manus Marital. La mujer para interrumpir la posesión anual a que antes nos referimos, bastaba que se ausentara tres noches del hogar conyugal, para participar de las fiestas religiosas de su antigua domus, demostrando así que seguía perteneciendo a ella y que el matrimonio había sido celebrado sine manu. Pero todas estas disposiciones en parte han sido derogadas por las leyes y en parte han quedado borradas por el desuso.

“La mujer *in manu* quedaba como hija de su marido y hermana agnada de sus hijos. Si el marido era *alieni iuris*, entraba bajo la potestad de su suegro” (54)

Quedaba sometida a la “*manus*” por el “*usus*” la mujer que durante un año permanecía casada con su marido. (55)

- b) CONFARREATIO.- La confarreatio, era especie de ceremonia religiosa que consistía en ofrecer al Dios Júpiter un pan de harina de trigo (*panis farreus*), de donde proviene el nombre de “confarreatio” dado a la ceremonia. Además, para completar regularmente este derecho es indispensable realizar otros muchos ritos y pronunciar ciertas y solemnes palabras en presencia de diez

(54) D'ORS, Alvaro, Ob. Cit., pag 218

(55) GAJUS INSTITUTAS, I, 111, pag 46

testigos. Simboliza o expresa el modo sensible de la moral en la vida dentro de la comunidad y el interés que el mismo matrimonio significa. Esta forma sin poderlo precisar es quizá la única que originalmente usaron los ciudadanos romanos y que estuvo vigente como ceremonia exclusiva de los patricios hasta muchos años después. “Aquí aparece, a primera vista, que encontramos una celebración formal de un matrimonio, pero, analizando la figura con más cuidado, vemos que lo formal se debe al elemento *conventio in manu*, y no al elemento “matrimonio”. (56)

- c) COEMPTIO.- La coemptio, es posiblemente de origen plebeyo, y mediante ella el hombre adquiere a la mujer y la somete a su patria potestad, o sea matrimonio *cum manus*, por otra parte la *coemptio*, es una de las muchas aplicaciones de la *mancipatio*, o sea la que constituye la venta efectiva o ficticia que de la mujer hace quien tiene la patria potestad sobre ella, o su tutor, al futuro marido. La mujer contrae matrimonio “cum manus”, pierde toda relación de dependencia a su familia originaria, su parentesco agnático, sus expectativas hereditarias. A cambio de esto, adquiere en la familia de su marido un vínculo agnático.

“Cuando la mujer ha hecho la “coemptio” con su marido para ocupar el lugar de hija suya, se dice que ha realizado por “causa de matrimonio” (57)

(56) MARGADANT S., Guillermo F. Op. Cit., pág. 199.
(57) GAIUS INSTITUTAS, I, 114, pág. 46

5.- CONVENTIO SINE MANU

En los matrimonios Sine Manus, la mujer no estaba bajo el poder de su marido, sino que permanecía en su casa originaria sin salir de la patria potestad de sus padres, o de familiares que ejercieran la tutela. Ningún parentesco civil de agnación la unía a los hijos que diese a su marido; sus hijos pertenecían a la familia agnática de éste, pero ella seguía unida a la de su padre. Estos matrimonios sine manus se consideraron como matrimonios libres.

En los matrimonios Sine Manus, la mujer adquiere una conformación jurídica como compañera del marido coparticipe en la dirección de la casa según lo exigían los usos sociales, no cambia de familia agnática ni sufre "*capitis deminutio*". Si con anterioridad el matrimonio era "sui iuris", porque su padre hubiera muerto, sigue siéndolo después de casada y si estaba sujeta a patria potestad, continúa con ella pese al matrimonio. En los matrimonios libres existe poder marital de los tiempos futuros, que representa la antítesis del poder patriarcal.

En el matrimonio libre, los bienes aportados por la mujer continúan siendo suyos, y en relación con deudas y obligaciones son de la competencia de la mujer. Tiene la misma capacidad que el marido para contratar, administrar y disponer de su patrimonio con libertad, inclusive puede la esposa confiar la administración de sus bienes a su propio marido, bienes que se llamaban "parafernales" (fuera de la dote), el marido en estas condiciones era simple mandatario con obligaciones propias de su encargo y según la voluntad de su mujer, y también queda al arbitrio de ésta, darle a él o a otra persona la comisión de la administración, en caso de que dicho encargo recayera en persona distinta del esposo. éste no tenía derecho personal para exigir la administración.

En forma sucinta llegamos a la siguiente conclusión: En el matrimonio cum manus había una especie de subordinación, y en los matrimonios libres o sine manus había coordinación, relación conyugal de comunidad, según el decir de Schulz. “se consigue lo que constituye la aspiración del movimiento humanitario: situar al marido y a la mujer en un plano de igualdad” (58)

(58) SCHULZ, Fritz. Derecho Romano Clásico, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1996, pág. 11

CAPITULO III

❖ DONACION ENTRE CONYUGES EN ROMA

1.- LEX CINCIA

2.- SENADOCONSULTO DE LA ORATIO DE SEPTIMIO SEVERO

3.- D.24.1.1 CITA DE ULPIANO

4.- DIGESTO LIBRO 24

❖ DONACIONES ENTRE CONYUGES EN ROMA

Presentando como concepto de la donación, un acto de liberalidad, por el que una persona se desprende de todo o parte de sus bienes, transmitiendo el dominio a otra persona a la que enriquece. Así la donación abarca los actos de disposición gratuitos entre vivos que implican un enriquecimiento para el donatario y una reducción al patrimonio del donante.

Del diccionario de Derecho Romano, se aserta "Así tenemos que la donación es una causa general de adquisición en cuya virtud una persona se desprende de una cosa que le pertenece o de un derecho propio en beneficio de otra persona o se obliga frente a ella por la pura y simple intención de liberalidad, de beneficiarla". (59)

Como quedó expresado en el capítulo anterior la donación abarca actos entre personas vivos concretándose en los sujetos del donante y donatario, y en orientación al tema de este trabajo escrito de tesis lo enfocaré a la donación entre cónyuges. Para evitar repeticiones inútiles referente a la *donatio ante nuptias* y *propter nuptias* aquí se da por reproducido lo manifestado.

Al respecto el autor J. Declercq exprésala: "En el antiguo derecho y en el derecho clásico no se encontraba ningún acto jurídico especialmente destinado a realizar una donación: esta resultaba de todo procedimiento legal por el cual, con una intención de liberalidad una persona enriquecía a otra empobreciéndose. Ese

(59) Gutiérrez Faustino, et al, DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO, Tercera Edición, Reus, S.A., Madrid, 1982.

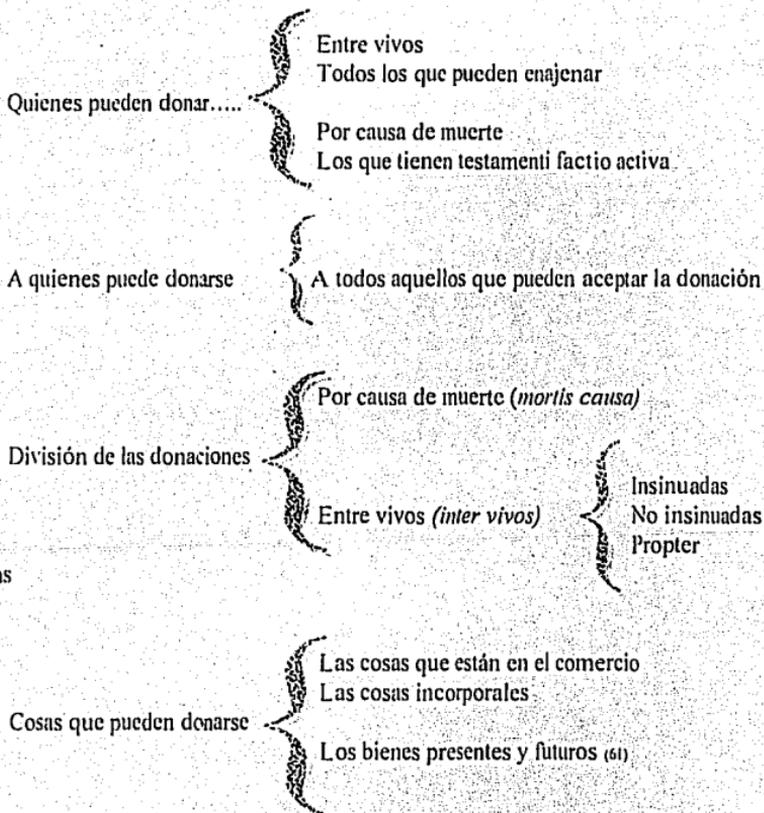
desplazamiento de riqueza, lo mismo si era consecuencia de una transferencia de derecho real, que de una promesa, que de la renuncia al ejercicio de un derecho o a una recuperación legítima, dependiente sólo de la voluntad del paterfamilias, tenía consecuencias muy semejantes a las de las disposiciones testamentarias tanto para el orden social como para las familias".⁽⁶⁰⁾

Es dable señalar que las donaciones, fueron contempladas por el derecho romano en la diversidad que presentaron, partiendo de la base que es un acto inter vivos con las características en mención perfectamente válidas las donaciones realizadas entre personas que no estuviesen unidas por el matrimonio, consecuentemente la donación a favor del amigo o vecino por el donante se realizaba en completa libertad y plena validez, pero con prohibición absoluta la donación a favor de su cónyuge.

Completando lo manifestado para mayor ilustración presento un cuadro clasificatorio según el autor De la Rada, de quienes a quienes, y que se puede donar en el derecho romano:

(60) J. DECLAREUIL, *ob. cit.* pág. 240.

DONACIONES:



Tema de atrayentes complicaciones es la donación en el derecho romano. Para que exista donación basta un acto jurídico que contemple las siguientes características:

(61) DE LA RADA D. Fabio et al; ELEMENTOS DE DERECHO ROMANO, con cuadros sinópticos y precedidos de Una Introducción Histórica, Editora Nacional, México, 1966

1. Verificación del acto jurídico entre personas vivas. El espíritu desconfiado de los romanos prefirió la concurrencia de los sujetos de donación vivos a fin de confirmar la expresión libre de voluntad de despojarse de sus bienes y transmitirlos a otro a título gratuito.
2. Que una de las partes (donatario) se enriquezca con lo que la otra pierde(donante);
3. Que el donante quiera enriquecer al donatario en la medida del detrimento de su patrimonio.

La donación se celebraba por *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*, contrato *verbis* o *litteris*, y *acceptilatio*. La donación *inter vivos*, cuando era válida, también tenía carácter irrevocable excepto por inexecución de las cargas que pudiera estar gravada. se revocan las donaciones por inoficiosas, por exceder de 500 sueldos y hacerse sin insinuación, por ingratitud del donatario, por la superveniencia de hijos.

Es de resaltar que desde el inicio del imperio romano se prohibió la donación entre cónyuges,⁽⁶²⁾ sancionando esas donaciones con nulidad con la problemática jurídica que trataré con amplitud en el apartado respectivo.

Admitieron los jurisconsultos que no existe donación cuando el propietario permite el uso de su cosa a otra persona a título gratuito. esto constituye un contrato de comodato e igualmente la prestación de servicios gratuitos en representación de otra persona es a través del contrato de mandato.

(62) PETIT, Eugene, Op. Cit.,pág. 439

Justipreciaron la prohibición de las donaciones entre cónyuges en Roma, por la tendencia de evitar que se ponga precio al afecto conyugal y por el peligro de que el amor pueda mover al cónyuge más generoso a desprenderse irreflexivamente de sus bienes en beneficio del otro. Es de advertir, que esa prohibición se apoyó en el desarrollo histórico de las disposiciones del derecho romano, en sus diversas etapas que presentan al respecto:

En la monarquía y parte de la república en el transcurso de los primeros siglos de Roma la manus, era un convenio que acompañaba frecuentemente al matrimonio y por ese medio los bienes de la mujer ingresaban al patrimonio del marido y en su caso al paterfamilias cuando el esposo era alieni iuris, imposibilitando toda donación entre cónyuges. A *contrariu sensu* en el caso de la mujer que no había caído *in manu*, las donaciones entre cónyuges cuestionablemente parece que en esa época, en que los divorcios eran escasos las donaciones fueron aceptadas favorablemente.

A fines de la República y a principios del Imperio sucede una prohibición absoluta para las donaciones entre cónyuges, determinado por la degradación de las buenas costumbres y el abuso del divorcio constituyó el inconveniente, generando la prohibición mencionada. "El matrimonio se había convertido en una especulación: el cónyuge sin escrúpulos se aprovechaba del afecto o de la debilidad de su cónyuge para despojarle de sus bienes, empleando la amenaza del divorcio para obtener las liberalidades que deseaba."⁽⁶³⁾ Al parecer sin la vigencia de una ley especial, y por la sola autoridad de la costumbre establecida bajo la influencia de los jurisconsultos, se prohibieron las donaciones entre cónyuges. La sanción de la prohibición es la nulidad absoluta. Cualquiera que haya sido el procedimiento empleado para realizar la donación, *datio* estipulación, remisión de deuda, el acto es nulo.

(63) PETIT, Eugene, Op. Cit. pág. 439

El donante tiene el derecho de reivindicar la cosa donada, sin que el donatario pueda prevalerse de la usucapión, pues su posesión carece de justa causa. Si la cosa ha sido consumida, el donante tiene la *actio condictio* que ejercitar, concurrente al enriquecimiento del donatario.

Es de mencionar lo establecido por la *Lex Cincia* que no solamente autorizó la donación entre cónyuges, concediéndole además un trato preferente y el Senadoconsulto de la Oratio de Septimio Severo que en su contexto convalida las donaciones entre cónyuges por haberse sostenido la voluntad del cónyuge donante hasta su muerte, que trataré con amplitud en los apartados subsecuentes.

Las Instituciones de Justiniano al tratar de las donaciones entre vivos cuando son perfectas tienen el carácter de irrevocables y el acontecimiento de la muerte del donante, no constituye la donación en legados, como lo que se advierte en el fragmento respectivo: "Hay otras donaciones, que se hacen sin ninguna consideración a la muerte, que llamamos donaciones entre vivos, que de ningún modo pueden compararse con los legados. Estas donaciones, cuando son perfectas, no pueden ser revocadas sin motivo. Se perfeccionan cuando el donante manifiesta su voluntad por escrito o sin escrito". (64)

Mención aparte merece las disposiciones sobre las donaciones entre cónyuges establecidas en el Digesto en el Libro 24, que será objeto de exposición correspondiente a la extensa e interesante jurisprudencia romana en el apartado respectivo.

(64) INSTITUCIONES DEL EMPERADOR JUSTINIANO LII.7.2 Ob. Cit.

Según el derecho justinianco no son nulas, aún cuando subsista el matrimonio, las donaciones hechas en caso de deportación *in casum deportationis* o destierro *ex illi causa*. Justiniano aporta también una modificación a estos principios, determinó que la donación entre cónyuges, era válida porque el donante murió sin haber cambiado de voluntad de donar a favor de su cónyuge y debe ser tratada como verdadera donación entre vivos. Otorgó además a la validez un efecto retroactivo al día en que la donación se constituyó, es decir, al día en que tuvo lugar la convención de donar, si el valor de la donación no pasa de quinientos sueldos sin importar que el día de la insinuación superara a esa tasa.

1.- LEX CINCIA.

Por la degradación de las buenas costumbres en demérito de la *bona fidae* romana, originaron restricciones positivas a la donación y es preciso mencionar lo que se estableció por la Lex Cincia proveniente de un plebiscito a propuesta del Tribuno *Cincius Alimentus*, limitando de modo general la libertad de las donaciones, se exceptuaban ciertos casos por razón de parentesco *cognati* dentro del quinto grado, y del sexto los sobrinos; cónyuges y novios; algunos parientes por afinidad; suegro y la suegra, el yerno y la nuera, el padrino y la madrina, el hijastro y la hijastra; el patrono, cuando le dona el esclavo o el liberto; el pupilo, favorecido por el tutor, no prohibía todas las donaciones, sino las que excediesen de un límite y prohibía a los abogados el recibir cantidades en metálico u objetos como pago de sus honorarios por su intervención en los procesos.

Referente a lo anterior el autor Arangio Ruiz manifiesta: “La Lex Cincia de donis et muneribus (año 204 a.C), prohibiendo las donaciones que excedieran cierta medida, excluye de la prohibición a las donaciones hechas tanto a los agnados como a los cognados, especialmente si lo fueran con el fin de constituir una dote” (65)

Por la imprecisión de datos es complicada la referencia de los antecedentes de la Lex Cincia para las restricciones a la donación. Antiguamente estaban las donaciones sometidas a las dos siguientes restricciones:

1. Como se mencionó, prohibición de las donaciones que excedan de una cierta suma de cuantía no precisada.

(65) ARANGIO, Ruiz Vincenzo, Op. Cit. pág. 483

2. Exigencia para la validez de la donación de modos de transmisión para la perfección del acto. Así las res mancipi sólo pueden ser válidamente donadas por medio de la mancipatio o de la in iure cessio, y requiere además la posesión de la cosa por el donatario para gozar del beneficio de los interdictos.

Es de destacar, como quedo expuesto la excepción de los parientes próximos del donante, de estar sometidas para la perfección de la donación de los modos de transmisión que debían de emplearse y especialmente la excepción en favor y en grado preferente a las donaciones entre cónyuges.

Reitero que la imprecisión de los datos históricos no permite distinguir con claridad cuales son las restricciones a la donación que preceden a la Lex Cincia o que pertenecen a ésta, el romanista Savigny presenta la siguiente exposición: " Preséntanse, tratando de esta materia, dos cuestiones principales que hasta hoy no han podido resolverse de una manera cierta. Primeramente, entre estas prescripciones, ¿cuáles son las que deben referirse a la ley Cincia, cuales a otras fuentes del derecho, y cuales son estas otras fuentes? En segundo lugar. ¿qué relación existe entre las formalidades particulares y la distinción de las grandes y pequeñas donaciones? En cuanto a este último punto, no podemos más que escoger entre las dos alternativas siguientes: o las grandes donaciones estaban absolutamente prohibidas, en cuyo caso las formalidades particulares se habrían establecido solamente para la validez de las pequeñas donaciones, o bien las pequeñas donaciones no se sujetaban más que a las reglas naturales de la perfección, y las formalidades particulares eran exigidas para la validez de las grandes donaciones. (66)

(66) SAVIGNY M.F.C. de, Sistema del Derecho Romano Actual, traducido del alemán por M.C.H. Guenous. Tomo III, Madrid, 1879 pág. 129

La lex Cincia contenía dos capítulos:

- I. Sus disposiciones se orientaban a evitar la venalidad de los patronos que recibieran donaciones de sus clientes, a los abogados recibir honorarios.
- II. Dirigido a evitar el abuso de las donaciones excesivas, exceptuando a un grupo de personas ligadas por el parentesco, cognados, esposos, prometidos, allegados, pupilos, etcétera recibir donaciones más allá de un límite que se ignora

Destinada a proteger al donante y a su familia contra las donaciones exageradas, la ley Cincia prohibía dar más de cierta tasa que ha quedado desconocida; pero hacía excepción para las donaciones entre ciertos parientes y entre cónyuges. Esta ley era imperfecta porque, aunque prohibía las donaciones superiores a una tasa determinada, no declaraba la nulidad de las que se hacían con violación de esta prohibición; de donde resulta que el donante no tenía acción especial para recuperar la cosa dada, es decir, sin acción directa. Por otra parte, el donatario, puesto en posesión, tenía un justo título y podía usucapir, lo que excluyó la *condictio ex injusta causa*. Es, pues, difícil saber que recurso procuró primero al donante. Pero, bajo el procedimiento formulario, es cierto que la prohibición de la ley le dio un arma defensiva, la excepción legis Cinciae o una excepción in factum. Gracias a esta excepción, la perfección de la donación incrementó su dificultad.

En múltiples casos en que el donante estaba ligado según el derecho antiguo y carecía de algún medio para evadir la ejecución de la donación, la ley Cincia le permitía revocar la liberalidad y sustraerse a las consecuencias de un arrebató irreflexivo, para constituir la donación.

De la simple lectura de lo anterior, es evidente la disposición preferente de la *Lex Cincia* que permitía la donación entre cónyuges, y además la exceptuaba de la restricción del límite de la donación que se desconoce, opuestamente a la prohibición de la donación entre cónyuges que surgió.

El maestro Margadant respecto a lo anterior en forma clara y precisa expresa: *Una Lex Cincia, de dos siglos antes de Jesucristo, había restringido las donaciones en general; pero había previsto un tratamiento privilegiado, precisamente para donaciones entre cónyuges, como resulta de los Fragmenta vaticana (F.302). Luego, Augusto estimó necesario declararlas nulas, con el fin de purificar el ambiente matrimonial”* (67)

Quedó manifestado que la donación es un acto entre vivos, con las características expresadas con anterioridad y es conveniente establecer la diferencia con acto diverso, así las formas y restricciones impuestas a los actos de última voluntad tienen un motivo diferente y un fin distinto que las establecidas para las donaciones. Por esta causa, respecto a los actos de última voluntad, e independientemente de la ausencia posible de hijos, no ha tenido nunca aplicación la *lex Cincia*, ni la insinuación, ni la prohibición absoluta entre esposos; y de igual manera desaparece en esta materia la regla de la revocación considerada como excepción admitida por motivos particulares, en las donaciones para los actos de última voluntad, la revocación libre y sin necesidad de motivación, es la regla general.

(67) MARGADANTS . Guillermo F Op Cit. pág. 217, 218

Interesante resulta la pretensión de considerar como donación la transmisión del patrimonio del de cuius a los herederos a través de las vías sucesorias contempladas en el derecho romano, jurídicamente es cuestionable aceptar tal afirmación por las razones siguientes:

La sucesión legítima no constituye evidentemente una donación, y su voluntad si bien es cierto, que implica una voluntad tácita de parte del de cuius, no la dejó expresamente en un testamento para la designación del heredero.

En la sucesión testamentaria existe ciertamente un acto personal del testador para la designación de heredero, empero no debe considerarse como donación; por dos razones:

1.- Toda donación implica acrecentamiento de un patrimonio y disminución de otro, cosa que no sucede en la transmisión por sucesión;

2.- Es esencial en la donación que el donante enriquezca conscientemente al donatario; y precisamente el testador no puede saber con exactitud si enriquecerá a su heredero, porque las desgracias o las prodigalidades pueden absorber la totalidad de su patrimonio y aún reducirlo a deudas, superando el pasivo al acervo hereditario.

Revocación.- Las disposiciones de la *Lex Cincia*, como quedó asentado tienden a proteger al donante y al donatario imponiendo las exigencias de referencia, además de las causas de revocación expuestas con anterioridad, es de mencionarse que la donación se revoca por:

- a) La ingratitud del donatario.
- b) Se otorga al padre y a la madre, si ésta no ha contraído segundo matrimonio, así como a cualquier ascendiente, y,
- c) Justiniano la hace general. La acción revocatoria fundada en la ingratitud del donatario es personal, en términos que ni puede intentarse contra los herederos de éste, ni por los herederos del donante.

El derecho postclásico admitió la revocación por supervivencia de hijos a favor del patrono y frente al liberto.

La revocación puede fundarse también en un convenio-revocación convencional o reversión. En el derecho clásico cabe convenir la restitución de la cosa al donante o a un tercero, mediante *stipulatio* o *pactum fiduciae*, pero de aquí sólo arrancan efectos obligatorios.

La revocación de la donación es admitida en el derecho justiniano, pudiendo acordarse por *simple pacto*.

En el caso que el donante no se haya desprendido de la cosa objeto de la donación, puede revocarla y negarse a ejecutarla, oponiendo a la acción del donatario la excepción *legis Cinciae*. Respecto a la revocación de la donación el romanista Savigny expresa: "El propósito era únicamente poner remedio a una liberalidad irreflexiva, permitiendo en muchos casos al donante revocar la donación; pero esta facultad estaba excluida, unas veces por la observación de ciertas formas particulares, otras por la espiración de un plazo muy corto, otras por la muerte del donante sin haber expresado ningún cambio de voluntad."⁽⁶⁸⁾

(68) SAVIGNY, M.F.C.de. Op. Cit., pag 135

La Lex Cincia en el derecho postclásico cae en desuso. Constantino impone a las donaciones, la exigencia de la "insinuación", esto es, su documentación ante funcionarios competentes. Esta prescripción de una forma peculiar, imprime a la donación el carácter de acto típico, de instituto autónomo.

En el derecho justinianeo, aunque permanece en vigor la prohibición de las donaciones entre cónyuges con todas sus consecuencias y atenuaciones, no existe ya (porque ha caído en desuso) el límite de la ley Cincia. La desconfianza respecto de las donaciones se expresa en esta época, como en el mundo moderno, con la determinación de requisitos formales que obligan al donante a madura reflexión. Justiniano exige la insinuación de las donaciones. "La insinuatio, consiste en la redacción de un documento y su transcripción en registros llevados en los tribunales"⁽⁶⁹⁾, están exentas de insinuatio, además de algunas donaciones privilegiadas como las hechas al emperador o con fin dotal, también las donaciones de valor inferior a los 500 sueldos.

(69) LAGRANGE, M. Eugenio; MANUAL DE DERECHO ROMANO, o EXPLICACION DE LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO. Librería de Victoriano Suarez, Madrid 1870. Pág. 258

2.- SENADOCONSULTO DE LA ORATIO DE SEPTIMIO SEVERO.

Inducidos por cierta desconfianza los romanos en la época imperial, impusieron restricciones a las donaciones establecidas por la *lex Cincia*. El emperador Octavio Augusto consideró necesario declarar nulas las donaciones entre cónyuges, lo que rebasó la buena intención del emperador de proteger el patrimonio del cónyuge potencialmente donante generando reacción en los gobernados acostumbrados al trato privilegiado en la *Lex Cincia* que además de permitir las donaciones entre cónyuges, las exceptuó de las limitaciones que imponía la misma ley, generando esta reacción disposiciones legislativas atenuantes a la prohibición de donaciones entre cónyuges.

Como una ley imperfecta la *Lex Cincia* generó problemática en su aplicación que podía enmendarse en algunos casos el *ius honorarium* corrigiendo los defectos del *ius civile* el Dr. Margadant presenta un interesante ejemplo: “en concepto de donación, entrego una casa a Servio, no mediante *mancipatio* por un centavo -lo cual sería lo correcto, ya que una casa es una *res mancipi*-, sino por mera *traditio*. Después me arrepiento y reclamo, como propietario *quiritario*, mediante la *reivindicatio*, la devolución de la casa. Servio, puesto que es en este caso propietario bonitario, me opone la *exceptio rei donatae et traditae*, pero yo puedo oponer a esta *exceptio* la *replicatio legis Cinciae*, y gano el pleito”. (70)

Ante el inminente acontecimiento futuro de la muerte del cónyuge que violando la prohibición de la donación entre cónyuges la realiza a favor del cónyuge donatario en un acto *inter vivos*, los romanos tuvieron que aceptar la validez de una donación entre cónyuges *mortis causa* por la muerte del cónyuge donante que hasta su última voluntad persistió en esa donación a su cónyuge, en una convalidación de cuestionable técnica jurídica, ante la regla de que un acto nulo no produce efectos.

(70) MARGADANT S., Guillermo F. Op. Cit, pág. 429

Esta convalidación se contempla en un senadoconsulto de Septimio Severo y de Antonio Caracalla, que según el autor Petit al respecto asienta: "oratio Antonini, decidió que si el donante había perseverado hasta su muerte en la voluntad de mantener la donación, y si moría durante aún el matrimonio, se haría válida de pleno derecho en el momento del fallecimiento. Pero tanto, mientras viva, queda dueño de prevalerse, como antes, de la nulidad de la donación; pero su silencio equivale a una ratificación expresa, y la liberalidad se hace inatacable para sus herederos. La donación entre cónyuges se encontraba así tratada como una liberalidad mortis causa, puesto que sólo se hacía válida a la muerte del donante; por consiguiente, se le aplicaron la mayor parte de las reglas de las donaciones mortis causa y de los legados". (71)

En la prohibición de las donaciones entre cónyuges, es controvertida la causa determinante para la convalidación de esas donaciones, entre los juristas de la época de los Severos, ante el riesgo de que una exaltación del amor impulse a los cónyuges a donaciones irreflexivas afectando la voluntad para la disposición de los bienes en perjuicio de la familia. Así la donación en contravención a la prohibición es inexistente, consecuentemente, el donante podía reivindicar la cosa mancipada o entregada, justipreciándose lo dispuesto por el senadoconsulto Septimio Severo y Caracalla de que las donaciones entre cónyuges ya cumplidas se hagan inatacables después de la muerte del donante. Cabe señalar que esta convalidación riñe con el principio de la nulidad absoluta y es de inferir que la intención de tener a la donación no revocada en vida, como tácitamente renovada *mortis causa*, y consecuentemente exenta de la prohibición de la donación entre cónyuges.

(71) PETIT, Eugenc. Op. Cit., Pag 439, 440

3.- D.24. I.1 CITA DE ULPIANO

Referente a los datos de la biografía del Jurisconsulto Domicio Ulpiano no son muy precisos; al parecer su origen es fenicio, de la ciudad de Tiro, desarrolla su actividad pública y jurídica durante el reinado de los Severos, desde Septimio hasta Alejandro Severo.

Primeramente se desempeña como miembro del consejo de un pretor. Posteriormente y alrededor de los años 205 al 212 es asesor de Papiniano, en ese entonces Prefecto del Pretorio, ocupando él mismo tal cargo durante la época de Caracalla. Bajo el reinado de Heliogábalo es desterrado, pero al ascender al trono Alejandro Severo, retorna Ulpiano. Es nombrado Magister Libellorum, forma parte del Consejo Imperial, ocupa el cargo de Praefectus Annonae, alcanzando finalmente la dignidad de Praefectus Praetorio, y principalmente es consejero del joven emperador Alejandro Severo de diecisiete años, Ulpiano, amigo de la ley y del pueblo es visto como el enemigo oficial del ejército, es perseguido por la Guardia Pretoriana hasta el Palacio Imperial y es masacrado ante la presencia de Alejandro que trata en vano de protegerlo.

De los jurisconsultos clásicos se reconoce a Marcelo, Q. Cervidio Scaevola, Emilio Papiniano, Gayo, Licinio Rufo y Pomponio. entre otros ilustres, culminando este ciclo Emilio Paulo, Domicio Ulpiano y su discípulo Erennio Modestino, que acorde a la ley de citas, junto con Gaius y Papinianus integran los cinco jurisconsultos del tribunal de los muertos, y que sus opiniones era base para las sentencias emitidas por los jueces en los litigios entablados en los tribunales romanos de la época, estos famosos jurisconsultos todos difuntos, continuaban imponiendo la jurisprudencia atribuible a ellos.

Objeto de crítica es la obra de Ulpiano por carecer de originalidad creadora, tiende a apoyarse en los textos, en especial al Edicto. Son escasas sus opiniones personales, pero compensa con la claridad de exposición y por ser preciso en las argumentaciones. Ulpiano se dedica no solamente a la producción de obras de derecho sino que se destaca en la enseñanza, prueba de ello es el lugar sobresaliente que ocupa entre los jurisconsultos clásicos, su discípulo Modestino, cualidades que lo consagran como uno de los juristas más populares, destacándose fundamentalmente por su obra de compilación que tuvo además el valor de revivir y remozar los trabajos de sus predecesores que le sirvieron de valioso antecedente. Los compiladores justinianos supieron apreciar la obra de Ulpiano y es por ello que casi la mitad de los fragmentos del Digesto le pertenecen.

Ulpiano es un escritor de gran fecundidad, según la autora Nina Ponsa "Las principales obras de Ulpiano son un comentario ad Sabinum en cincuenta y un libros; ochenta y uno dedicados ad Edictum Praetoris Urbani, característico por la minuciosidad con que examina el Edicto; un comentario en dos libros ad Edictum Aedilium Curulium; cuatro libros ad legem Juliam de adulteriis. Escribió además numerosas obras acerca de las atribuciones de magistrados y funcionarios imperiales, tales como de officium consularium; el liber singularis de officio Praefectus Urbi; el liber singularis de officio Quaestoris, el liber singularis de officio Praetoris tutelaribus; el liber singularis de officio curatoris Republicae; un trabajo de doce libros de Instituciones; seis de Opiniones, siete de Regulae y el Liber singularis Regularum." (72)

En personal reconocimiento, me atrevo a manifestar que Domicio Ulpiano en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, y en su plan de estudios, se advierte la clásica división del derecho en público y privado (poner las definiciones de Ulpiano) que se diversifican en las materias correspondientes.

(72) VEGA DE MIGUENS, Nina Ponsa, De La, Reglas de Ulpiano, Traducción concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1970, pág. 15

Respecto al tema de la cita atribuible a Domicio Ulpiano como quedó asentado sus actividades concretamente en lo jurídico, se desarrollaron en la época de los Severos y es lógico que el senadoconsulto de la oratio de Septimio Severo a través de Ulpiano quedará plasmado en la cita correspondiente del Digesto que a continuación transcribo. "Se encuentra recibido en nuestras costumbres que no valgan las donaciones entre cónyuges. Esto se introdujo para que no se espoliaran recíprocamente con donaciones sin medida, movidos por el mutuo amor conyugal y por la facilidad para hacerse tales donaciones" (73)

Atrajo mi atención la interesante complicación de la convalidación de la donación entre cónyuges en contravención a la prohibición con la sanción de nulidad por la disposición del senadoconsulto Oratio de Septimio Severo, el Dr. Margadant comenta la cita del Digesto de Ulpiano incluyendo lo expuesto por el jurisconsulto Paulo en interesante aportación: "Ulpiano dice que se trata de restricciones, introducidas para que los cónyuges no se despojen el uno al otro por mutuo amor, explicación formulada con un gracioso desacierto. Paulo añade que sería mejor que los cónyuges utilizaran el dinero en la educación de los hijos, y menciona la opinión de Cecilio de que por tales donaciones podrían surgir pleitos en el seno de la familia, si el cónyuge más rico no hiciese donaciones con suficiente generosidad. Luego, Ulpiano observa que no sería bueno, tras alguna dificultad, volviera siempre a restablecerse la armonía dentro de la familia con el pago de un precio, y que el permitir tales donaciones favorecería más al cónyuge de peor carácter. Este principio, empero, admite numerosas excepciones y suavizaciones" (74)

(73) D. 24.1.1. Op. Cit

(74) MARGADANT S., Guillermo F. Op. Cit pág. 218

4.- DIGESTO LIBRO 24

Se contempló la prohibición de las donaciones entre cónyuges específicamente en el Digesto, que no puedo soslayar de presentar una breve exposición de esta interesante parte del Corpus Iuris Civilis:

Digesto o Pandectas, Justiniano se ocupa del "ius" y en 530 d. C., se inicia una labor compiladora de fragmentos de los jurisconsultos dignos de mención destacando Ulpiano –aproximadamente la tercera parte del Digesto-, Paulo, Gaius Papiniano, Modestino y Juliano. Se integra una comisión de 16 juristas a las ordenes de Triboniano, quienes terminan su compilación en tres años; denominando su obra Digesto o Pandectas. Señalamos las características de esta labor:

- a) La selección dentro de la voluminosa literatura clásica sin limitarse a los jurisconsultos mencionados por la Ley de Citas, de los fragmentos más importantes.
- b) La autorización a la comisión compiladora, para hacer las alteraciones necesarias, con el fin de adaptar las obras clásicas al derecho vigente de la época (interpolaciones). Procurando armonizar las controversias en la opinión de los juristas clásicos.
- c) La imposición del Digesto, como derecho positivo. Con ello Justiniano, dota con fuerza de Ley a las opiniones particulares de jurisconsultos sin el *ius publice respondendi*.
- d) El Digesto, consta de 50 libros, que se dividen en títulos, los títulos en fragmentos a los que se les da también el nombre de *leges*, y éstos en párrafos. Al primer párrafo de cada *lex*, se llama *principium*. A excepción de los libros 30, 31 y 32 que tiene un solo título.

- e) Se publicó y obtuvo fuerza de ley por la Constitución Tanta, el 16 de diciembre de 533, entró en vigor el día 30 del mismo mes y año.

Justiniano, concedió un plazo de 10 años para realizar la inmensa tarea de recabar y actualizar lo más relevante de la enorme cantidad de obras jurisprudenciales clásicas. Los compiladores emplearon 3 años, la celeridad de esta labor asombró durante siglos a los historiadores del derecho. Bluhme, con su "teoría de las masas", parte del análisis de las citas dentro de cada título del Digesto e infiere que hubo división del trabajo, con subcomisiones encargadas especialmente sobre determinadas obras. Primero vienen los fragmentos, tomados de comentarios al famoso Libro de Sabino, la masa sabiniana; después, la "masa edictal", con citas seleccionadas de comentarios del Edicto Perpetuo; después opiniones de Papiniano, Paulo y Ulpiano "masa Papiniana"; finalmente, aparece una "masa apéndice", con citas de origen heterogéneo, diferente a lo citado.

Preponderante dedicación de los jurisconsultos a las donaciones entre cónyuges, advirtiéndose que: trataron las causas de justificación para la prohibición de las donaciones entre cónyuges, requisitos para la procedencia e interpretaciones de esa prohibición y destacaron las excepciones a la prohibición de las donaciones entre cónyuges, la importancia concedida al tema y su problemática impuso que se plasmara exclusivamente en el libro 24 del Digesto, en el Título I.

Ineluctable es en el Digesto la influencia del jurisconsulto Domicio Ulpiano que como quedó asentado, su actividad jurídica se desarrolló en la época imperial, específicamente en la dinastía de los Severos, así el Libro 24 del Digesto aparece inicialmente en la primera cita de Ulpiano transcrita con anterioridad y de la que se desprende la propuesta de la invalidez de las donaciones entre cónyuges para evitar los abusos en las excesivas e irreflexivas donaciones otorgadas con impulso del amor conyugal, equivocadamente orientado para apoyar el abuso de uno de los cónyuges en perjuicio del otro.

El comentado senadoconsulto de la Oratio de Septimio Severo, también queda contemplado en el libro 24 del Digesto, la inquietud de que no se mercantilizaran los matrimonios, llevó a la prohibición de las donaciones entre cónyuges, y tomó primordial importancia la comprobación de la existencia del matrimonio o la validez del mismo, al respecto en el Digesto se asienta: "Esta última razón es la que también elige el discurso del senadoconsulto de nuestro emperador Augusto Antonino Caracalla, cuando dice: "Nuestros antepasados prohibieron las donaciones entre cónyuges, estimando que el amor conyugal debe consistir sólo en las voluntades, defendiendo incluso la fama de los mismos cónyuges, para que no parezca que se compran la paz conyugal con dinero ni venga a caer en pobreza el mejor de los dos y se enriquezca el peor". (75)

Con los anteriormente mencionado de la cita de Ulpiano y en el senadoconsulto de Septimio Severo, se exponen las causas de justificación para la prohibición de las donaciones entre cónyuges sancionadas de nulidad.

Atrayente disposición que aparece en el Digesto respecto a la existencia y validez del matrimonio para los efectos de la donación entre cónyuges en el fragmento respectivo. " Hay que preguntarse <ahora> entre quienes están prohibidas las donaciones. Ciertamente si el matrimonio es válido conforme a nuestras costumbres y leyes, la donación no será válida, pero si interviene algún impedimento para que haya matrimonio, la donación será válida; por lo tanto, si la hija de un senador se hubiera casado, contra la prohibición del senadoconsulto, con un liberto, o una mujer de la provincia, contra los mandatos imperiales, con el que gobierna tal provincia o ejerce allí la milicia, la donación será válida, porque no hay matrimonio" (76).

(75) D.24.1.3. Op. Cit.

(76) D.24.1.3. Op. Cit.

Cabe destacar que los jurisconsultos requirieron para la procedencia de la prohibición de las donaciones entre cónyuges con la consecuente nulidad, la comprobación de la existencia del matrimonio entre donante y donatario y la validez del mismo, como se desprende de la disposición del Digesto de referencia que contempla la concurrencia de los requisitos para la procedencia de la nulidad de la donación entre cónyuges que primordialmente impone la existencia del matrimonio y su validez, para que surta efectos la prohibición o resulte inaplicable.

De lo anterior se infiere que rebasando la lógica y conciencia social la donación para la cónyuge es nula y para la concubina es válida resultando de la disposición legislativa que esta última detenta un privilegio y un premio a su calidad de concubina para que legalmente acepte la donación con la validez otorgada e igualmente se podría donar por el cónyuge válidamente a su vecina o amiga preferida, relegándose a segundo término a su legítima esposa.

Me permito señalar lo anterior inclinándome al cónyuge femenino porque debemos tener en cuenta el grado de inferioridad en que se encontraba colocada la mujer de esa época en relación con el cónyuge masculino, aunque había superado la primitiva situación que era considerada la mujer una *res* (cosa).

Natural tendencia entre los cónyuges potencialmente donantes de eludir la prohibición, con actos de simulación o mediante interpositas personas realizar la donación entre cónyuges para lograr su validez al respecto el Digesto dispuso en la lege respectiva "Si la venta hecha entre cónyuges a causa de donación es nula si el marido hizo la venta sin tener intención de vender y sólo aparentó venta con el fin de donar; pero que si, teniendo intención de vender, tan solo rebajó el precio, la venta es válida pero no la rebaja en la medida en que produce un enriquecimiento de la mujer; así se vendió en cinco lo que valía quince y ahora vale diez, tan sólo deberá pagar cinco, pues en esto parece haberse enriquecido". (77)

(77)D.24.1.5. Op. Cit

Así como se dispuso concretamente sobre la nulidad de la donación entre cónyuges y consecuentemente su invalidez como es el caso de la simulación realizada con la intención de burlar la prohibición establecida, es de destacar que las disposiciones del Digesto a contrario sensu, señalaron en casos concretos la validez de la donación entre cónyuges como aparece en la cita respectiva "Se admite la donación entre cónyuges con el fin de sepultura, pues consta que la mujer puede donar al marido, y viceversa, un terreno para sepultura, y si allí le hubiere enterrado, convierte el terreno en religioso. Se entiende que tan solo se hace de la mujer cuando se entierra el cadáver, y sigue perteneciendo al donante antes de hacerse religioso; por ello, si la mujer vendiera aquel terreno sigue perteneciendo al donante"⁽⁷⁸⁾.

De las disposiciones del Digesto se desprende evidentemente la interpretación de los jurisconsultos romanos de que la muerte del cónyuge donante que hasta el último momento de su existencia, persistió en su voluntad de donar al cónyuge supérstite, convalidándose la nulidad de la donación al violarse la disposición establecida, infiriéndose que esto constituye la excepción mayúscula a la prohibición de la donación entre cónyuges, reiterando la defectuosa técnica jurídica de acuerdo al principio de que el acto nulo ningún efecto produce.

Así lo establecido por el multimencionado senadoconsulto de la oratio de Septimio Severo de confirmar la donación entre cónyuges por la voluntad sostenida con el cónyuge donante hasta su fallecimiento, quedó contemplada en el Digesto en el fragmento respectivo: "por eso que se dice, de que valen las donaciones entre cónyuges a causa de muerte es verdad en el sentido de que, como dice Juliano, no sólo valga la donación que se hace con la intención de que la cosa se haga del otro cónyuge cuando sobrevenga la muerte, sino toda donación a causa de muerte."⁽⁷⁹⁾

(78) D. 24.1.5. Op. Cit.

(79) D. 24.1.11. Op. Cit

El Digesto constituyó la parte más bella e interesante de la compilación justinianea, contempla la selección de la jurisprudencia romana y con el descubrimiento de la copia de un manuscrito del Digesto en una biblioteca de Pisa atribuido al monje Irnerio, la copia en mención llegó a ser el original de todas las copias que circularon en la edad media que se constituyó en verdadero legado del derecho para las generaciones posteriores de estudiantes y estudiosos del derecho, despertando interés y fuente de información hasta los tiempos que corren.

Es de recordar que Justiniano impuso observancia obligatoria de ley al Corpus Iuris Civilis como derecho positivo y base fundamental para la administración de justicia en Roma, convirtiéndose posteriormente en un derecho supranacional por su aplicación más allá de las fronteras del derecho romano.

Referente al tema de la donación entre cónyuges, como quedó asentado en el Libro 24 del Digesto Título I, en los 67 fragmentos se trata de ejemplos que contempla la preponderante dedicación de los jurisconsultos a las donaciones entre cónyuges, advirtiéndose que: trataron las causas de justificación para la prohibición de las donaciones entre cónyuges, requisitos para la procedencia e interpretaciones de esa prohibición y destacaron las excepciones a la prohibición de las donaciones entre cónyuges.

Es de mencionar que existe una corriente de crítica al sistema casuístico que aparece en el Digesto en los múltiples ejemplos que presenta en los fragmentos respectivos, que en algunos casos no ofrece claridad y frecuentes repeticiones. Situación a la que no escapa el Libro 24 Título I referente a la donación entre cónyuges, en el que la mayoría de los ejemplos y disposiciones en los 67 fragmentos respectivos, tienen relativa correspondencia con el tema de la prohibición de las donaciones entre cónyuges y la nulidad que se imponga en base a lo asentado en el párrafo precedente.

CAPITULO IV

❖ RECEPCION EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

1.- DONACIONES ENTRE CÓNYUGES EN LA NUEVA ESPAÑA

- 1.1. EL FUERO JUZGO**
- 1.2. LAS SIETE PARTIDAS**
- 1.3. LAS LEYES DEL TORO**

2.- EN EL MEXICO INDEPENDIENTE DEL SIGLO XIX

- 2.1. CODIGO CIVIL FRANCES (DE NAPOLEON)**
- 2.2. CODIGO CIVIL DE 1870 DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA.**
- 2.3. CODIGO CIVIL DE 1884 DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA.**

3.- LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

4.- CODIGO CIVIL DE 1928 DEL D.F.

5.- JURISPRUDENCIA

6.- CUADRO COMPARATIVO DEL DERECHO ROMANO CON EL CODIGO CIVIL DEL D.F

1.-DONACIONES ENTRE CÓNYUGES EN LA NUEVA ESPAÑA

Con el descubrimiento del Continente Americano los europeos incursionaron a los nuevos territorios en busca de los recursos naturales y bienes de riqueza que ofrecía América. Al conquistar España a México a principios del siglo XVI a través de la dominación que duró aproximadamente 300 años impuso su cultura a los indígenas sometidos, y tengo que exponer como antecedente del tema de *donaciones entre cónyuges en la Nueva España* un breve apuntamiento de las características de esa cultura que contempla una panorámica del derecho español que regulaba en esa época.

España como provincia del imperio romano, se regía por los principios de la legislación romana, es de recordar la concesión del emperador Vespaciano a la provincia de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres de España. Con el retiro de las tropas romanas los visigodos tomaron el poder en España, cobró vigencia principalmente la Lex Romana Visigothorum o Breviario de Alarico en el siglo VI, con la reconquista del emperador Justiniano, entró en vigor el *Corpus Iuris Civilis*. Invasión por los bárbaros y árabes, España registró consecuencias en la vigencia de su derecho, a través de los siglos aparecieron diversos ordenamientos jurídicos, siendo primero el Fuero Juzgo, obra de los reyes visigodos, en el curso del siglo VII, hasta mediados del siglo XIII, el rey Alfonso X, publicó el Fuero Real, y las Siete Partidas. Posteriormente la publicación de varios ordenamientos, como las Leyes de Estilo, el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, apareciendo después otros fueros, destacando el Fuero Viejo de Castilla, resultando una nación regida por leyes diversas, requiriendo sistematización, culminando con la Recopilación Legislativa.

En todo lo anterior se sustentaron en las leyes romanas, por la superioridad de las instituciones políticas, judiciales y administrativas de Roma, con su legislación sobre principios de verdadera justicia. El derecho romano a través del *Corpus*

Iuris Civilis, alcanzó carácter de derecho positivo que fungió en gran parte de modelo a la legislación de las demás naciones de Europa y posteriormente en América, a través del dominio a que fueron sometidos por los invasores europeos.

Los conquistadores españoles con la espada y la cruz impusieron a los naturales, su cultura, religión y también ese derecho español con enorme contenido del Derecho Romano iniciando su recepción en México, sin olvidar los estudios que se difundieron principalmente por la Real y Pontificia Universidad de México, con su plan de estudios del Canon de Leyes basado en el *Corpus Iuris Civilis*, imponiéndose en la época colonial de tres siglos de dominación española la aplicación del Derecho Romano.

1.1. EL FUERO JUZGO

En México (Nueva España) no tenían aplicación los fueros especiales de las provincias de España, la legislación restante era aplicable causando confusión, e incrementándose con las Leyes de Indias que en su mayor parte están recopiladas, pero hay multitud de cédulas y reales órdenes de escasa difusión y aplicación.

El Fuero Juzgo sucedió al derecho romano vulgar que se aplicaba en la nación hispánica limitada al territorio español, al respecto el Dr. Margadant asienta: Desde la capital visigótica, Toledo, y con fuerte influencia eclesiástica, en varios concilios se elaboró un derecho español territorial en sustitución del Breviario y del Codex Euricianus (derechos personales): el resultado de esta acción fue el Fuero Juzgo (o Liber Judicum), del cual hubo varias ediciones (la primera, bajo Recesvinto) cada vez ampliadas, desde 654. Pocos años después de la última edición de esta obra, año 711 y relativas al aspecto patrimonial del matrimonio (las arras, una institución en sentido inverso a la dote romana): la morgengabe (donación morganática, el día después de la boda, como indemnización por la virginidad perdida)".(80)

Este Fuero Juzgo, o Libro de los Jueces, *Liber Judicum*, fue ordenado realizar, por el rey Fernando III el santo, y en él se encuentra una clara influencia del Derecho Romano, en versión castellana (español antiguo), fue escrito en el año 554 d. C., integrado por XII libros, que trata derecho público y privado.

La aplicación del Fuero Juzgo, fue por la imperiosa necesidad, de la regulación en las colonias españolas por un ordenamiento jurídico, y por la diversidad de costumbres aplicadas a la vida de los indígenas contemplando disposiciones para el matrimonio, fuente de las donaciones entre cónyuges.

(80) Margadant S. Guillermo F., *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, Décima edición, Edit. Esfinge, México 1993, pág. 39,40

De los doce libros del Fuero Juzgo para la institución del matrimonio se ubica en el Libro III, que siguiendo el sistema romano a su vez se compone en seis títulos, y de acuerdo con la fuente de información. “El I tiene por epígrafe “Del ordenamiento de las bodas”; el II “De las bodas que non son fechas lealmente”; el III “de las mujeres libres que lievan por fuerza”; el IV “De los adulterios e de los fornicios”; el V “de los adulterios contra natura, e de los religiosos e de los sodomitas”; el VI De los departimientos de los casados et de los desposados”. Como se ve por esta simple enunciativa, el cuadro no deja de ser vasto, y puede comprender no solo los derechos civiles, sino también todos los delitos que dicen referencia a la materia de matrimonios”.⁽⁸¹⁾

Como quedó manifestado el libro III trata el tema de los matrimonios, de los *casamientos e de las nascencias*, y de dicha regulación se advierte la tendencia romanista e influencia del Derecho Canónico, con especiales disposiciones que provocó atrayentes complicaciones debido a que los indígenas sometidos y convertidos a la religión cristiana, poseían varias mujeres a título de esposas, lo que reñía abiertamente en contra del matrimonio monogámico que impone la religión cristiana, antagonismo que comentaré a continuación.

No es de soslayar que mencione las características del matrimonio precortesiano sostenido por los indígenas con el que toparon los religiosos encargados de la tarea de convertir a los naturales a los que ministraban frecuentemente el bautismo, y de esa manera el grupo de los convertidos fue numerosísimo; pero tan necesario en la vida social, era ese sacramento como el del matrimonio, y al llegar aquí los misioneros tropezaron con diversos inconvenientes.

(81) Los Códigos Españoles (concordados y anotados), Tomo Primero, Imprenta de la publicidad a cargo de Filiberto Cárdenas Uribe, editor y distribuidor, primera edición México 1990, pág. LIII.

Porque los indios, según sabemos, practicaban la poligamia; su noción de matrimonio era confusa, ante la exigencia de los misioneros, para que dejaran a sus mujeres y sólo conservaban una, oponían resistencia infranqueable de abandonar la poligamia y era ese el obstáculo para aceptar la fe, con el consiguiente castigo para el renuente. La práctica de la poligamia era más compleja de lo que parecía a primera vista, pues el indio veía en sus mujeres no solamente un medio de satisfacer necesidades sexuales, además estas mujeres eran obligadas a los trabajos que se les imponía, y renunciar a ellas era perder las ventajas económicas producto de los servicios de sus mujeres.

Por la cómoda situación que gozaban los indios de acuerdo a lo anterior, era lógico que al privarlos con disposiciones legales o de los clérigos surgiera la resistencia del indígena sometido, generando la problemática y aun para los misioneros se presentaba la incertidumbre de saber cual de las mujeres debía de considerarse como la legítima.

Con intención de obtener una solución, ofrecieron dos opciones; que el indio escogiera la que le pareciere conveniente entre las que poseía, como se había resuelto en el sínodo de 1524; u obligarle a tomar por esposa canónica aquella con quien primero hubiera contraído matrimonio durante su gentilidad, en este último caso surgía la duda de cuáles eran los ritos que convertían a una mujer en esposa.

La complejidad del problema obligó la intervención de la iglesia, que reconocía un matrimonio natural con todas las fuerzas del vínculo legítimo, con tal que reuniera dos requisitos: el consentimiento mutuo y la intención de unirse para toda la vida. Disposición eclesiástica que provocó incertidumbre del cumplimiento de estos requisitos en gentes que tenían un comportamiento tan especial en las relaciones sexuales.

Al respecto el autor Toribio Esquivel expresa: "hasta que el 1° de junio de 1537 el papa Paulo III por medio de la bula *Altitudo divini consilii* mandó que cuando un indio hubiera tenido en su gentilidad muchas mujeres, se quedase con la primera que tomó, y si no recordaba cuál había sido la primera, eligiese la que quisiera. Se recibió la bula en Nueva España y a fin de darle el debido cumplimiento".(82)

Continuando con el Libro III, en su Título III, en la ley 2 del Fuero Juzgo, se desprende sancionado con graves penas el cumplimiento de la voluntad de los padres en cuanto a los matrimonios de sus hijas. Las leyes 3, 5, 6, 7 y la 9 tratan extensamente de las arras que se dan a las mujeres por razón de sus bodas.(83) La ley 4 prohíbe los casamientos de edad muy desigual, principalmente siendo la mujer mayor que el marido. La ley 8 establece el poder de la madre y de los hermanos para casar a sus hijas o hermanas, después del fallecimiento del padre. La ley 9 por último autoriza a la hija huérfana para que contrate y lleve a cabo su matrimonio, cuando sus hermanos descuidan casarla, sin perder por eso de la herencia del padre común.

La donación entre cónyuges, quedó permitida por el Fuero Juzgo y al tener aplicación en la Nueva España, quedó autorizado para los habitantes de esta Colonia Española es de señalar la principal disposición que se orientaba a proteger la libertad del donante para la validez de la donación y diversos aspectos que expondré:

El Libro quinto, respecto al tema de Donaciones entre Cónyuges se ubica en el segundo título: "I Que la donación que es feheca por fuerza non vala.- II De la donación del rey.- III De las cosas que da el rey al marido o a la mujer.- IV De lo que da el marido a la mujer sin las arras.- V De lo que da el marido a la mujer, o la mujer al marido.- VI De las cosas que son dadas por escrito.- VII De lo que da el marido a la mujer, o la mujer al marido".(84)

(82) Esquivel Obregón, Toribio. *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Tomo II Nueva España, Editorial Polis, México, D.F. 1938
Pág. 586

(83) Los Códigos Españoles (concordados y anotados), Tomo primero, Op. Cit. pág. 120

(84) Los Códigos Españoles (concordados y anotados), Tomo primero, Op. Cit. pág. 140

En estas siete leyes que trata de las donaciones, no encontramos diferencia entre sus doctrinas y las de la ley romana, que son las que rigen sin notable variación en esta parte de nuestro derecho civil. El principio de espontaneidad en la donación, la irrevocabilidad, que es consecuencia de la aceptación, cuando hay transmisión de dominio por la tradición mediata o inmediata; la revocabilidad, por el contrario, de las donaciones que se hacen para después de la muerte, en tanto que no sobreviniendo esta no fija la voluntad, y de las cuales dice con tanta exactitud la ley que *semeian testamento*, siguiendo por tanto su condición; añádase diversas reglas sobre transmisión de derechos en las donaciones, según que la muerte del donatario es anterior o posterior a la del donador, y alguna para la indemnización de aquel que hizo expensas engañado con promesa de donación.

La Ley 5 dispone además de que las donaciones vuelvan al marido o a los herederos del marido, en el caso de haberlas recibido la mujer, y de morir sin hijos intestada, o si le falta a la fe cometiendo adulterio después de su muerte, esto es, si ofende su memoria no viviendo en castidad, o casándose cuando no debe: lo cual así puede aplicarse a buscar otras relaciones ilícitas viviendo el marido, como a no guardar el año de luto después de su muerte para pasar a los brazos de otro.

La ley 7 previene que estas donaciones, sin duda porque no se fijan o se nieguen en adelante; se hagan constar por escrito y ante dos o tres testigos, y precaviendo el caso de fuerza por parte del marido, se ordena que se hagan constar asimismo, en la forma que manda la ley, los bienes, *la buena de cada uno*. (85)

De los principios fundamentales que en este derecho se contenían en lo relativo al vínculo conyugal, se regían lo que expresaba algunos de los cánones, y que decía: "El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte".(86) De lo cual se desprende la indisolubilidad del matrimonio contraído por las personas, en esta etapa colonial de la vida de México.

(85) Los Códigos Españoles (concordados y anotados), Tomo primero, Op. Cit. pág. LVIII

(86) Los Códigos Españoles (concordados y anotados), Tomo primero, Op. Cit. pág. LVIX

1.2 LAS SIETE PARTIDAS

Contradicción y escasez de datos precisos, para enmarcar la redacción y publicación de las Siete Partidas, inicialmente se atribuye al rey Fernando III, calificado como santo que reunió en su cabeza las coronas de Castilla y León y se propuso ordenar la legislación y emprendió la formación del código que se dio el nombre de Setenarios, que tenía por objeto recoger lo mejor de las leyes contenidas en los fueros generales y municipales y formar un código único. Fue auxiliado por su hijo el infante D. Alonso obra que no terminó al morir, sucediéndolo en el trono su hijo con el nombre de Alfonso X conocido como el Sabio a quien se le atribuye la conclusión de las Siete Partidas, que como manifesté en ausencia de datos precisos probablemente fueron redactadas entre 1246 y 1263.

Las Siete Partidas como toda obra de realce es objeto de alabanzas y de críticas y en un juicio crítico se asienta "Frecuente es en nuestros juriconsultos comparar el Digesto a las Partidas, y aun dar a estas el nombre de Pandectas castellanas. Ni debe esto extrañarse ni rechazarse, porque las Partidas mutuaron de la inmortal obra de Justiniano doctrinas romanas que no estaban en el Breviario de Aniano, ni en el Fuero Juzgo. Más la obra de las partidas es de naturaleza diferente: desde la primera hasta la última palabra aparece siempre la voz del legislador, que si bien adopta las doctrinas del derecho romano y canónico mas acreditadas en su época, no renuncia nunca a ser el oráculo que las dicte. Así es que las Pandectas, rigurosamente hablando, son una recopilación; pero las Partidas son un código".⁽⁸⁷⁾

Esta obra jurídica reviste capital importancia porque contienen preceptos de Derecho Romano, capítulos de Derecho Canónico y entre otras, surgió en el

(87) Los Códigos Españoles (concejados y anotados), Tomo Dos, Filiberto Cárdenas Uribe, Cárdenas Editor y Distribuidor, primera edición México, 1991, pág. XXIII

territorio de la Nueva España, integrando la legislación española impuesta a los sometidos, por lo que toca al derecho civil se consideró respetada fundamentalmente por las Siete Partidas, constituyendo la médula del Derecho Privado de esa época.

La primera Partida, es como un sumario de las Decretales, según el estado que éstas tenían a mediados del siglo decimotercero, propagó rápidamente y consagró las doctrinas relativas a la autoridad del Papa, al origen, naturaleza y economía de los diezmos; rentas y bienes de las iglesias, elección de obispos, provisión de beneficios, jurisdicción e inmunidad eclesiástica y derechos de patronato; doctrinas que estaban en oposición con muchas de las regaldas que como protectores de la Iglesia gozaban nuestros soberanos desde el origen de la monarquía, y les daban el Fuero Juzgo y cuadernos municipales.

La segunda Partida, contiene la constitución política y militar del reino. Se da en ella una idea exacta y filosófica de la naturaleza de la monarquía y de la autoridad de los monarcas; se deslindan sus derechos y prerrogativas; se fijan sus obligaciones, así como las de las diferentes clases del Estado, personas públicas, magistrados políticos, jefes y oficiales militares, y se expresan bellamente todos los deberes que naturalmente dimanaban de las mutuas y esenciales relaciones entre el soberano y el pueblo, el monarca y el vasallo.

La tercera Partida, comprende las leyes relativas a uno de los objetos principales y más interesantes de la constitución civil, administrar justicia y dar a cada uno su derecho. Los compiladores de este apreciable código, recogiendo con bello método lo mejor y más estimable de lo que sobre esta materia se contiene en el Digesto, Código y algunas Decretales, y entresacando lo poco que se halla digno de aprecio en nuestro antiguo derecho llenaron el inmenso vacío de la legislación municipal, y consiguieron servir al rey y al público con una obra verdaderamente nueva y completa en todas sus partes.

La cuarta Partida, en la que principalmente se recogieron las leyes del matrimonio, y se trata de los deberes que resultan de las mutuas relaciones entre los miembros de la sociedad civil y doméstica, es la más defectuosa e imperfecta de todas éstas, excepto la primera. Los colectores de este libro, olvidando o ignorando las costumbres de Castilla, las excelentes leyes del Código Gótico y las municipales derivadas de él, hicieron empeño en reunir y juntar en un cuerpo de doctrina derechos opuestos y leyes inconciliables, y libro de los Feudos, lo que produjo un confuso caos de legislación.

La quinta y sexta Partida, se trata de los contratos y obligaciones herencias, sucesiones, testamentos y últimas voluntades, forman un bello tratado de legislación. Sus compiladores tomaron todas sus doctrinas del derecho civil, y respetaron en tal manera el código de Justiniano, y le siguieron tan ciegamente, que alguna vez que les pareció justo desviarse de él, procuraron justificarse como si hubieran cometido un gran atentado. Pero su obra sería más digna de alabanza, si desprendiéndose del excesivo amor al código oriental le hubieran abandonado en ciertos casos, prefiriendo en éstos los acuerdos y resoluciones autorizadas por costumbres leyes patrias, y por el uso continuado sin interrupción desde que se formó el Código gótico hasta el Fuero de las leyes, y acaso más acomodadas a la naturaleza de las cosas y más útiles a la sociedad.

La séptima Partida, abraza la constitución criminal y es un tratado bastante completo de delitos y penas, copiado o extractado del código de Justiniano, a excepción de algunas doctrinas y disposiciones relativas a judíos, moros y herejes, acomodadas al decreto, decretales y opiniones de sus glosadores, y de los títulos de los rieptos, lides, desafinamientos, treguas y segundanzas que se tomaron de las costumbres y fueron antiguos de España.

La Partida quinta, título cuarto se ocupa de las donaciones donde encontramos entre las leyes más importantes las siguientes:

La primera ley dice: "Donación es bien fecho que nasce de nobleza, de bondad de corazón, quando es fecha sin ninguna premia. E todo ome libre que es mayor de veynte e cinco años, puede dar lo suyo, o parte dello a quien se quisiere, maguer, non lo conosca; solamente que non sea aquel a quien lo da, de aquellos a quien defienden las leyes deste nuestro libro, que lo non pueden tomar. Pero, si el que faze la donacion es loco, o desmemoriado, o desgastador de sus bienes, de manera que le es defendido del Judgador del logar que non vse dellos, non valdría la donación que ninguno destes fiziesse; como quier que valdría, la que a ellos fiziessen". (88)

Esto es: que la donación se hace porque nace de nobleza, de bondad de corazón, cuando es hecha sin ninguna presión de todo hombre libre mayor de 25 años, que éste puede dar todo o parte de lo suyo a quien quiera aunque no lo conozca.

La segunda ley, se funda en que a los reos de lesa majestad se les habla de imponer la pena de confiscación de sus bienes, encontrándose abolida esta pena en el artículo 10 de la Constitución Política de 1845 y así en la actualidad son válidas las donaciones hechas por los reos indicados. No rige esta disposición, pues actualmente los reos sentenciados a pena capital pueden hacer donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, ya que también la Ley de Toro les da facultad de hacer testamento.

La tercera ley, hace mención que el hijo o nieto que estuviera en poder de su padre o de su abuelo no puede hacer donación a menos de otorgamiento de aquel en cuyo poder esta. Pero si el fuese caballero o cualquier que hubiese hecho ganancias de su caballería u otro que hubiese ganado algo en algunas de las maneras que son llamadas en latin castrense, vel quasi castrense *peculium* entonces sí podría hacer donaciones sin otorgamiento de aquel en cuyo poder estuviese. Valdría también la donación si fuera dada a su madre, a su hermana, a su sobrina a algunos de sus parientes, para casamiento, o pará otra cosa que el entendiase que le eran de gran menester.

(88) Los Códigos Españoles (concordados y anotados), Tomo tercero, Filiberto Cárdenas Uribe, Cárdenas Editor y Distribuidor, primera edición México, 1990, pág. 578

La cuarta ley, indica las maneras en que se puede hacer donación. Son cuatro, la primera cuando es hecha sin ninguna condición, la segunda cuando aquel que la da, pone condición en la donación. La tercera, cuando son presentes en algún lugar, el que da, y el que recibe la donación. La cuarta, cuando aquel que quiere hacer la donación es en otra tierra. Entonces no la puede hacer, sino por carta o por mensajero cierto.

La quinta ley, dice la manera que tiene validez la donación cuando es hecha con condición. Cuando hay donación mediando una condición de un hombre a otro como si dijese: "Dote tal campo, o tal herencia, si tu padre te sacare de su poder; si la condición se cumpliese, vale la donación, y si fallece no vale. Pero si sucede que el padre se muere antes que el hijo sacare de su poder, como quiera que la condición no se cumplió en la manera que cuando el que hizo la donación, vale el donadio: porque la condición se cumple por la muerte del padre y por ende el hijo sale de su poder".⁽⁸⁹⁾ Como este caso y en todos los otros semejantes en que sea puesta condición, de cualquier manera que se cumpla la voluntad del que la puso vale la donación sobre que fuera puesta.

La séptima ley, de la donación que es hecha en día cierto o tiempo señalado, ya sea por que el que dona a otro le dona tal herencia, o tal cosa para que la labres y te aproveches de ella hasta tal día o tal tiempo, y por eso decimos que la donación que así fue hecha valdría hasta aquel día o aquel tiempo señalado el que la hizo. Y de aquel día en adelante ganarían la posesión, y el señorío de ella sus herederos del que hubiese hecha la donación o el otro a quien nombrase para hacerla, y si por aventura cuando hizo la donación no señaló quien se quedara desde aquel día en adelante, decimos que la deben tener los que heredan los otros bienes de aquel que hizo la donación.

⁽⁸⁹⁾Los Códigos Españoles (concordados y anotados), Tomo Tercero, Op.Cit. 580

La octava ley, nos habla de que cuando los hombres no tienen esperanzas de tener hijos, entonces dona parte o todo lo suyo y si después tuvo hijos de su mujer legítima, porque se caso después de haber hecho la donación a otra persona la donación se revoca y no debe valer de ninguna manera. Y si por aventura tiene hijos legítimos y quiere hacer donación a otro, lo puede hacer sin que perjudique la parte legítima de sus hijos, y si hace el padre una mayor donación los hijos la pueden revocar hasta en la cuantía de su parte legítima que les corresponde.

La novena ley, de las donaciones por causa de muerte, cuando la donación es hecha estando enfermo o teme a la muerte, o de otro peligro vale, pero tales donaciones se pueden revocar cuando: a) si se muere ante aquel a quien es hecha, que el otro que la hizo. b) si aquel que la hizo carece de enfermedad y c) si se arrepiente antes que muera.

Tales donaciones como éstas pueden ser hecha por todo hombre que puede hacer testamento, debiéndolo hacer delante de cinco testigos por lo menos, en el capítulo de los testamentos decimos que el hijo que esta en poder del padre no puede hacer testamento; con todo eso bien puede hacer tales donaciones como estas, con otorgamiento de su padre serán valederas. Y sobre todo se dice que si el hombre hiciere donaciones mediante presión, por miedo o por amenaza de muerte, tal donación como esta no valdría.

Cabe destacar que de acuerdo a lo anterior, es evidente que en las Siete Partidas no aparezcan normas concretas y adecuadas a la donación entre cónyuges. Esta omisión se explica fácilmente, si se toma en cuenta que todo lo concerniente al matrimonio y a las donaciones pertenecía a la jurisdicción eclesiástica y que la iglesia, mediante Decretos, Resolución de Concilios y el Código Canónico, era la que reglamentaba esas materias.

1.3.LAS LEYES DE TORO.

Las Leyes de Toro, expedidas por las Cortes de Toledo en 1502, en sus exposiciones en su contenido se encontraban las medidas jurídicas orientadas, para resolver los conflictos que carecían de regulación en las Siete Partidas y en algunos fueros.

Por la insuficiencia de las normas jurídicas en vigor se procedió a la posible solución al respecto: "En vista de este estado de la legislación, y prosiguiendo en el camino de su reforma, solicitaron en 1502 las Cortes de Toledo que se hiciesen algunas aclaraciones en las leyes mas usuales en el foro. Accediendo los Reyes a los deseos de las Cortes, desde luego encargaron este trabajo a varios jurisconsultos, entre quienes se cita al Dr. Palacios, excelente escritos de su época. Ya se hallaba concluida esta obra cuando falleció la Reina Católica, y su esposo, D. Fernando publicó estas leyes en Toro en 1505".⁽⁹⁰⁾

Eran ochenta y tres leyes, que se crearon bajo el reinado de Don Fernando el Católico, y su publicación fue en el año de 1505, en la ciudad de Toro, por eso el nombre que llevan, en ellas se trata temas de la materia sucesoria, el Derecho Procesal y el Derecho Penal, además se aborda el tema del matrimonio, sin que en ninguna de sus leyes, exprese la idea de las causas para disolver dicho matrimonio, y tampoco los procedimientos para lograr el divorcio o nulidad del mismo.

Preocupación del Estado y para actualizar la legislación vigente se procedió a la promulgación de las leyes respectivas con las características consiguientes:

(90) Los Códigos Españoles (concordados y anotados), Tomo Sexto, Filiberto Cárdenas Uribe, Cardenas Editor y Distribuidor, primera edición México, 1991, pág. 353

“Estas leyes fueron dadas como aclaratorias y supletorias de las que antes existían, y se refieren principalmente a los matrimonios, herencias, bienes dotales, mayorazgos y todo género de vinculaciones. Esta última materia, así como los privilegios que conceden a las mujeres casadas, les ha dado gran celebridad, siendo además de mucha aplicación en los negocios que diariamente se presentan en el foro. Para apreciar el mérito de dichas leyes, es preciso considerarlas según las opiniones de la época en que se promulgaron, y el fin a que se dirigen”.⁽⁹¹⁾

En la ley LII, habla de la consumación del matrimonio, en términos muy generales y que parte de esa ley a la letra decía: “después de consumado el matrimonio que la muger y sus herederos gane todo lo que seyendo desposados le ovo el esposo dado no aviendo arras en tal casamiento y matrimonio: pero si arras oviese, que sea en escogimiento de la muger, o de sus herederos ella muerta tomar las arras, o dexarlas, y tomar todo lo que el marido le ovo dado siendo con ella desposado: la qual ayan de escoger dentro de veinte días después de requeridos por los herederos del marido: y si no escogiese dentro de dicho termino que los dichos herederos escojan”.⁽⁹²⁾

Sin duda esta consumación del matrimonio se trata, desde un punto de vista más bien sucesorio, sin mencionar las causas que originaron esa disolución del vínculo.

Entonces “Durante los tres siglos de la colonia en la Nueva España y las primeras décadas en el México independiente, fue el matrimonio un acto exclusivamente religioso, así reconocido expresamente por las autoridades civiles, las cuales sólo intervenían para derivar de él los efectos de carácter patrimonial entre los consortes y entre los padres y los hijos”.⁽⁹³⁾

(91) Los Códigos Españoles (concordados y anotados), Tomo Sexto, Op. Cit., pág. 554

(92) Los Códigos Españoles (concordados y anotados), Tomo Sexto, Op. Cit., pág. 564

(93) SÁNCHEZ MEJÍDAL, Ramón, los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, Ed. Porrúa, México 1991, pág. 13

Específicamente en materia de donaciones en la Ley LIII se comenta: "Si el marido, y la muger durante el matrimonio casaren algún hijo común, y ambos le prometieren la *dote*, o donación *propter nuptias* que ambos la paguen de los bienes que tuvieran ganados durante el matrimonio: si no los oviere que basten a la paga de la *dote*, y donación *propter nuptias* que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenecieren en qualquier manera: pero si el padre solo durante el matrimonio dota, o hace donación *propter nuptias* a algún hijo común, y de tal matrimonio oviere bienes de ganancia, de aquellos se pague en lo que en las ganancias cupiere; y si no la oviere que la tal *dote*, o donación *propter nuptias* se pague de los bienes del marido, y no de la muger".⁽⁹⁴⁾

Ley L.- dispone que el marido no puede dar mas que la décima parte de sus bienes en arras a su mujer, sin que pueda renunciar y si se renunciare no embargante la tal renunciación lo contenido en la dicha ley se guarde y ejecute, y si algún escribano diere fe de algún contrato en que intervenga renunciación de la dicha ley, mandamos que incurra en pedimento de oficio de escribanía que tuviere, y de allí adelante no pueda mas usar del sopena de falsario.

Las leyes LIV, LV, LVI, LVII y LVIII, indican que la mujer durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga ex testamento, ni ab intestato, que únicamente la pueda aceptar sin la dicha licencia cuando dicha herencia es con beneficio de inventario, y no de otra manera, es de resaltar que la mujer estaba a expensas del libre albedrio de su marido.

Los aspectos que he destacado de las Leyes de Toro no contemplan disposiciones claras y concretas respecto a las donaciones entre cónyuges aunque si mencionan donaciones pero para efectos de los hijos y sobre todo lo referente a la donación *propter nuptias*, como esta asentado, lo que demuestra el contacto del derecho romano en México que inicialmente fue con la aplicación de la legislación española en la Nueva España que tenía como sustento instituciones del derecho romano.

(94) Los Códigos Españoles (concordados y anotados), Tomo Sexto, Op. Cit., pág. 564

2.- EN EL MEXICO INDEPENDIENTE DEL SIGLO XIX

Consumada la Independencia de México en el año de 1821, se extingue la Nueva España, surgiendo el nuevo estado mexicano requiriendo de una organización política propia con base en una constitución. Debido a ello las actividades legislativas convergieron a la creación de las normas jurídicas básicas que dieron como resultado la primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

No obstante la emancipación política de México, respecto a la corona española en los primeros años de independencia, todos los ordenamientos legales con fuerza obligatoria en el territorio durante la colonia continuaron vigentes al inicio de la época independiente, en los ordenamientos Fuero Juzgo, Leyes de Toro y las Siete Partidas principalmente, como quedó anteriormente expuesto.

Concretamente en materia de Derecho Privado señala Trinidad García "la República hizo suyo casi íntegramente el legado del Derecho colonial el derecho privado mexicano quedó constituido por la legislación emanada de la Monarquía española, especialmente para las colonias o para la Nueva España y formada por la Recopilación de Indias y otras leyes especiales, por lo que toca al Derecho Civil, se consideró respetada fundamentalmente por las Partidas; éstas fueron la médula del Derecho Privado primitivo del México Independiente".⁽⁹⁵⁾

En la época de vigencia de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, señaló como obligación de los Estados publicar por medio de sus gobernadores, su respectiva Constitución, Leyes y Decretos, consecuentemente debe entenderse que la materia civil quedó reservada en aquella época a las legislaturas locales.

(95) GARCÍA, Trinidad, *Apuntes de Introducción al estudio del Derecho*, 28ª. Editorial Porrúa, Edición México 1986, pág. 71

Surgió una labor legislativa codificadora de los diversos Estados existentes en la República en ese periodo, así se publicó el primer Código Civil reconocido en México que es el del Estado de Oaxaca, primer ordenamiento de la materia que tuvo vigencia en México oficialmente con publicaciones de su libro primero en el año de 1827, el segundo en 1828 y el tercero en 1829. Como fuente inspiradora principal reconoce al Código Civil de Napoleón que influye tanto en el aspecto externo como en el interno del Código Civil Oaxaqueño.

2.1. CÓDIGO CIVIL FRANCÉS (NAPOLEON)

Al triunfo de la Revolución Francesa e inspirado el movimiento por el nacionalismo imperante, y amparado en el movimiento codificador, en contra del Corpus Iuris Civilis que regía como derecho positivo en Francia generó la promulgación del Código Civil Francés conocido como el Código de Napoleón, que finalmente tuvo como base las instituciones del derecho romano y es de mencionar una breve relación histórica, respecto a los proyectos aprobación y finalmente promulgación.

El 13 de agosto de 1800, Napoleón Bonaparte encargó a una comisión, compuesta por Tronchet, presidente del Tribunal de Casación; a Bigot de Prémeneu, comisionario del gobierno ante el Tribunal de Casación; a Portalis, comisionado del gobierno ante el Tribunal de Presas; y Maleville, el juez del Tribunal de Casación, para que prepararan un proyecto de Código Civil, que fue terminado en cuatro meses, y criticado aduciendo que era solamente una copia servil del derecho romano y del consuetudinario. El proyecto, rectificado en el Consejo de Estado, tropezó con la hostilidad del Tribunal, que Bonaparte tuvo que depurar para obtener el voto de las 36 leyes que fueron aprobadas una tras otra. **“Después reunidas en un solo código de 2281 artículos con el nombre de “Código Civil de los Franceses”.**⁽⁹⁶⁾ Este Código fue promulgado el 21 de marzo de 1804, que derogaba el antiguo derecho, posteriormente conocido como “Código de Napoleón” por la ley del 9 de Septiembre de 1807.

Las cualidades del Código Napoleón, en cuanto al lenguaje jurídico, son indiscutibles, también sus cualidades de fondo. Siguiendo el sistema antiguo que se remonta en los códigos romanos con base en lo establecido por el jurisconsulto Gaius, el Código de Napoleón se divide en Libros y estos en Títulos, cada título tiene por objeto una materia especial como: el matrimonio, la patria potestad, o las sucesiones.

(96) MAZEAUD, Henri y Léon, MAZEAUD, Jean; LECCIONES DE DERECHO CIVIL Primera Parte, Volumen I, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PRIVADO, DERECHO OBJETIVO, DERECHOS SUBJETIVOS, Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959

Es de mencionar que llamó mi atención respecto a la sistematización del Código Civil, e interesante la opinión del autor Domínguez Martínez que al respecto expone: “Uno de los dos planes más difundidos en la ordenación sistemática del Derecho Civil es el llamado plan Gayo, también conocido como plan romano-francés. Los calificativos dados a este plan reconocen estar motivados en primera, en considerar a Gayo, el jurisconsulto romano, como de quien partió su contenido, en tanto que se le llama también plan romano-francés, por haber sido adoptado por la comisión redactora del Código Napoleón. Son muchos los ordenamientos civiles de ascendencia romana, que en mayor o menor grado se desarrollan en sus términos”.(97)

Históricamente, las ideas preceden a los cambios sociales y actualmente, la humanidad tras la caída y deterioro de los sistemas socio políticos y jurídicos que dominaron en los siglos XIX y XX, parece urgida en el cauce dinámico y cambiante del derecho, de encontrar nueva luz y mejores horizontes en su devenir

“Así se da respuesta actual a una necesidad ingente de nuestra época en la que se avizoran a un futuro ya inmediato grandes cambios sociales y consecuentemente jurídicos, similar en muchos aspectos históricos a la que precediera hace más de dos siglos a las reformas sociales derivadas de la Revolución Francesa y a la sacudida histórica y jurídica que culminó y fructífero entre otros aspectos, con la promulgación y difusión del Código Francés producto del Enciclopedismo, conocido como “Código de Napoleón”.(98)

Respecto al plan seguido en el Código Civil de Napoleón comprende un Título Preliminar que consta únicamente de seis Artículos y tres Libros, el Libro I se intitula de las personas y comprende los artículos 7 al 515 (509 artículos), el

(97) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez 6ta. Edición, Edit. Porrúa, México, 1998, pag. 41

(98) Código de Napoleón. Madrid MDCCCXIX, En la imprenta de la Hija de Ibarra, Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, 1997, Impreso y hecho en México, pág. 2

Libro II se ocupa de los bienes, del derecho de propiedad, usufructo y de las servidumbres con 195 artículos. el libro III supera el número de artículos a los dos anteriores juntos, puesto que cuenta con 1571 artículos y su título impreciso es de los diferentes modos de adquirir la propiedad, aunque en realidad se refiere a siete importantes materias: sucesiones, donaciones y testamentos, teoría general de las obligaciones, reglas propias a los contratos especiales, regímenes matrimoniales, privilegios e hipotecas y prescripción, se critica porque es una reunión heterogénea de materias.

Es importante señalar las fuentes del Código Civil de Napoleón y al respecto el autor francés Marcel Planiol expone: **“Las principales son: las costumbres, el derecho romano, las ordenanzas y las leyes de la revolución. El derecho romano inspiró sobre todo el régimen de la propiedad, las reglas generales de las obligaciones, las de algunos contratos y las del régimen dotal”**.⁽⁹⁹⁾

En lo que se relaciona al tema en cuestión el Libro Primero de las Personas del Código de Napoleón en su Título V, del matrimonio, fuente de las donaciones entre cónyuges, en el capítulo I se refiere a las calidades y condiciones requeridas para contraer matrimonio, destacando las características sobresalientes que corresponde:

a) Estableció la mayoría de edad para el hombre 25 años cumplidos y a la mujer 21, impedidos contraer matrimonio a los menores de 18 años en el varón y a la mujer a los 15 años. que podía el Emperador dispensar la edad.

(99) PLANIOL. Marcel, Tratado Elemental De Derecho Civil; con la colaboración de Georges Ripert, Tomo I, Introducción, Familia, Matrimonio, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., Mexico, Obra Editada En Francés Por Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence. R. Pichon et R Durand-Auzias 20 Rue Soufflot 75005 Paris. Versión española de José M. Cajica Camacho pág. 65

b) El requisito necesario para contraer matrimonio es el consentimiento, en ausencia de éste no hay matrimonio por disposición expresa. Es de comentar que aunque los pretendidos cónyuges hayan cumplido más de 30 años se requiere el consentimiento de los padres, y están obligados los hijos de familia a solicitarlo por medio de una petición respetuosa y formal, en caso de negativa deben insistir por dos veces más, cumplido lo anterior estarán aptos a contraer matrimonio. Por ausencia de los padres y ascendientes o la imposibilidad de éstos para otorgar su consentimiento será el consejo de familia quién emita el consentimiento para el matrimonio.

De lo anterior se advierte la recepción de las disposiciones del derecho romano que facultaba al pater familias, para otorgar su consentimiento en la celebración del matrimonio de los *filius* que considerados *alieni iuris*, no importaba su edad para los efectos de la validez del consentimiento.

En el Libro Tercero, Título II. De las donaciones entre vivos en su Capítulo I y II, establece disposiciones para la donación como un acto en el que el donante se desprende de la cosa a favor del donatario, que por su trascendencia debe realizarse las donaciones entre vivos.

Lógicamente que los sujetos de la donación deben estar en el pleno uso de sus facultades mentales, también limita la cuantía de las donaciones y que no podrá exceder de la mitad de los bienes actuales del donante en protección a sus herederos y acreedores alimentarios

Las donaciones producirán efecto a partir del día que sea aceptada por el donante e inicialmente serán irrevocables, pero de no cumplirse las condiciones impuestas por ingratitud o por superveniencia de hijos procede la revocación, también si el donatario atentó contra la vida del donante, si se ha hecho culpable para con él de sevicias delitos o injurias graves, o le niega los alimentos.

Continuando el desarrollo de la presente tesis referente al Código de Napoleón en el Capítulo VIII del mismo Título y Libro, dispone en las *donaciones hechas por capitulaciones matrimoniales a los cónyuges y a los hijos que nazcan de su matrimonio*, en este capítulo no solo se refiere a las donaciones a favor de los cónyuges contempla también a los hijos procreados en el matrimonio, estableciendo las siguientes reglas:

Podrán los padres, demás ascendientes, parientes colaterales, y aun los extraños hacer donaciones a los cónyuges por capitulaciones matrimoniales, donación que comprende todo o parte de los bienes que dejen el día de su fallecimiento a favor de los cónyuges o hijos que del matrimonio nazcan, la donación será irrevocable impidiendo al donante disponer de los bienes comprendidos en ella. Excepcionalmente la donación por capitulaciones matrimoniales podrá hacerse cumulativamente de los bienes presentes y futuros, en todo o en parte, únicamente con el deber de un acta de las deudas y cargas del donante, a las que se responsabilizara el donatario, al tiempo del fallecimiento del donante.

La carencia de aceptación de las donaciones no es pretexto para impugnarlas ni declararlas nulas, aunque el dispositivo legal emplea el término de caducar debe entenderse que no surte efectos la donación hecha a favor del matrimonio sino se verifica o que el donante sobreviva al cónyuge donatario y su descendencia.

El Capítulo IX del mismo Título II, Libro Tercero, expresamente dispone la validez de las donaciones entre cónyuges y que podrán hacerse reciprocamente donaciones por capitulaciones matrimoniales o durante el matrimonio, el menor de edad también podrá donar por capitulaciones matrimoniales a su cónyuge mediando el consentimiento de las mismas personas requeridas en otorgarlo y para que adquiera validez su matrimonio quedando facultado para donar todo lo que la ley permite al cónyuge mayor a favor del otro cónyuge.

Dispone concretamente que los cónyuges podrán hacerse donaciones de los bienes presentes y futuros por capitulaciones matrimoniales sujetas a las reglas establecidas de las donaciones que se hicieran por un tercero. También durante el matrimonio podrá el cónyuge disponer en caso de no dejar hijos ni descendientes a favor del otro cónyuge en propiedad todo aquello que pudiere disponer y además del usufructo de toda la porción prohibida por la ley en perjuicio de los herederos.

Merece especial mención la disposición legal que las donaciones hechas entre cónyuges durante el matrimonio podrán revocarse en todo tiempo y colocando en igualdad a la mujer para hacer esta revocación relevándola obviamente de la autorización del marido o del juez. Sin imponer que para la revocación medie una causa de justificación, quedando en plena libertad el cónyuge donante para que a su arbitrio realice la revocación de lo donado.

Como quedó asentado el Código Civil de Napoleón, fue tomado como modelo por muchos países para la elaboración de su propio código civil, México no escapó a esta influencia. Contrariamente a lo dispuesto por el derecho romano de que las donaciones entre cónyuges eran nulas y que se convalidaban únicamente porque persistía la voluntad del cónyuge donante hasta el último momento de su existencia, el Código Civil de Napoleón expresamente aceptó la validez de las donaciones entre cónyuges y además las reguló para que produjeran sus efectos en los términos anotados con antelación, adecuándose al cambio social y respeto de la libertad de voluntad de los ciudadanos en la disposición de su patrimonio.

2.2 CÓDIGO CIVIL DE 1870 DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA.

Al referimos al Código Civil de 1870 del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, es ineluctable sucintamente relacionar los antecedentes de ese ordenamiento jurídico que ostensiblemente presenta la **recepción del Derecho Romano**. Recordando como llegó esa recepción a México, que como quedó expresado inicialmente se ubica en la época de la colonia, a través del **derecho español** basado en el Derecho Romano y la difusión con los estudios de derecho concretamente en la Real y Pontificia Universidad de México, en la Instituta de leyes, y de los demás que detalladamente expuse con antelación incluyendo lo manifestado respecto a la legislación codificadora en las primeras décadas del México Independiente y la publicación del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Oaxaca como primer ordenamiento de la materia.

También se reconoce como antecedente del Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California el proyecto de Código Civil elaborado por Don Justo Sierra a solicitud del Presidente Juárez, sus fuentes principales son el Código Civil de Napoleón, los Principios de Derecho Romano y el Proyecto del Código Civil Español de García Goyena, este proyecto de Código Civil, no fue aprobado aunque se señala como fuente directa del Código Civil de 1870 en mención.

Al no aprobarse el proyecto del Código Civil del maestro Justo Sierra quedó sujeto a estudio por destacados abogados integrantes de una comisión designada por el gobierno de Juárez que concluyeron sus trabajos durante el Imperio de Maximiliano, que quedaron sin valor legal al caer el Imperio al respecto el autor Rafael de Pina manifiesta "Durante la República Restaurada, se creó una nueva comisión para la revisión de los trabajos hechos hasta entonces; De dicha comisión fue integrada por los señores Licenciados Mariano Yáñez, Isidro Montiel y Duarte,

José María Lafragua y Rafael Dondé quienes presentaron el proyecto definitivo al Congreso de la Unión, el cual después de aprobarlo, expidió el decreto que lo mandó poner en vigor con fecha 1° de marzo de 1871. La edición oficial de este Código se hizo por orden del Ministerio de Justicia en la imprenta del palacio; siendo ésta primera impresión que circuló con el sello de dicho Ministerio".(100)

Al cobrar vigencia este código el 1° de Marzo de 1871, generó la unificación de la materia civil en todo el territorio de la república, pues con ligeras variantes en la legislación de cada entidad federativa, les sirvió de modelo para la elaboración de sus propios códigos civiles estatales.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, consta de cuatro libros divididos en títulos y capítulos, con su articulado respectivo, basado en el *Código Civil Francés (Código de Napoleón)*, que a su vez se fundamentó en el *Corpus Iuris Civilis* y sus reinterpretaciones, completándose así la recepción del Derecho Romano en México contemplada en ese Código Civil.

En relación con el tema de donaciones entre cónyuges con base en la parte expositiva de la comisión redactora del Código en mención, me ocupare del Libro Primero de las Personas fuente de las donaciones entre cónyuges, respecto al matrimonio lo definió en su artículo 169. " es 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".(101) También fijó la edad mínima para contraer matrimonio y que en el hombre era de catorce años y en la mujer doce, pero antes de los veintiún años no se podía contraer sin consentimiento del padre, o en defecto de éste, el de la madre.

(100) PINA VARA, Rafael de, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa. 8ª ed. México, 1993, pág 126

(101) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Tip. De J. M. Aguilar Ortiz, México de 1872, T. V. Cap. I.

En el Libro Tercero, Título Décimo del contrato de matrimonio con relación a los bienes de los consortes, trata de innovaciones que en esta materia contiene el proyecto, son verdaderamente radicales. Mejora la situación de la mujer conforme al espíritu de la sociedad moderna, debía naturalmente modificarse la legislación relativa a los derechos y obligaciones de los consortes, tanto respecto de la propiedad como de la administración de los bienes. La comisión adoptando algunos principios de los códigos extranjeros, ha establecido un sistema, que si no llena todas las exigencias de la vida doméstica, da a estos nuevos elementos y puede, con las reformas que indique la experiencia, producir algún día el inestimable beneficio de cerrar la puerta a las desagradables y perniciosas cuestiones de familia.

Conforme al Capítulo I, el contrato de matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal; o bajo el de separación de bienes; quedando así los esposos en plena libertad para arreglar su situación personal en el matrimonio, sin que en ninguno de esos casos se impida la constitución de la dote. Además contiene las reglas para la terminación de la sociedad y la declaración de que el marido es el legítimo administrador de los bienes, a no ser que por convenio o sentencia se establezca todo lo contrario.

Respecto de las capitulaciones matrimoniales en el Capítulo II expresa que como la sociedad conyugal puede ser voluntaria o legal, fué preciso establecer reglas a que deben sujetarse las capitulaciones ya que pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él comprendiendo no solo los bienes de que sean dueños los esposos sino después los bienes que adquieran durante él. Con el objeto de dar a este acto no solo la solemnidad sino la seguridad posibles, se previene: que las capitulaciones y las reformas que a ellas se hagan consten por escritura pública; pues de este modo habrá más garantía tanto de cierto en la constitución, como de exactitud en el cumplimiento.

Sobre las donaciones ante-nupciales en el Capítulo VIII, se dan varios nombres a las donaciones que los esposos se hacen, estableciéndose diversas reglas, estas solo sirven para complicar una materia que, por el contrario, conviene simplificar. Sea cual fuere el nombre, la donación no tiene más origen que el sentimiento, ni más objeto que la utilidad y el halago para el donatario. Por esto la comisión redactora establece; "que las donaciones serán ante-nupciales, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado; debiendo comprenderse bajo el que hoy se les da, las que se hacen por un extraño".(102) En ambos casos se requieren que sean anteriores al matrimonio, porque esta circunstancia es la que las hace excepcionales.

De las donaciones entre consortes, en el Libro III, Título Décimo, Capítulo IX del mismo Libro. Materia es esta que ofrece graves dificultades; pues por una parte puede atacarse la libertad individual, y por otra causarse inmensos perjuicios a las familias, por el abuso a que pueden dar lugar el respeto y el sentimiento.

La comisión creyó que lo más prudente era considerar las donaciones entre consortes como revocables en todo tiempo por los donantes y confirmadas solo por la muerte del donante. De esta manera, cualquiera influencia perniciosa se estrellará, ya en la revocación, ya en la reducción que debe hacerse cuando muera el donante. Además; fijado el monto a que pueden ascender, fijando que no podrán exceder reunidas de la quinta parte de los bienes del donante, en caso contrario las declara inoficiosas, evitando el peligro de que se menoscaben las legítimas de los herederos forzosos. (103)

(102) Código civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California 1870, Op. Cit. pág. 55

(103) Código civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California 1870, Op. Cit. L. III, Título Décimo, Cap. IX

Art. 2246. Los esposos pueden hacerse donaciones que no excedan de la quinta parte de sus bienes presentes, por disposición entre vivos o por última voluntad, pero unas y otras solo se confirman con la muerte del donante y con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales

Art. 2247. Las donaciones entre consortes pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por los donantes.

Art. 2248. La mujer no necesita para este efecto de ser autorizada por el marido o por decreto judicial.

Art. 2249. La revocación puede hacerse expresamente o por hechos que la hagan presumir de un modo necesario.

Art. 2250. Estas donaciones no se anularán, por supervenencia de hijos, pero se reducirán por inoficiosas, si excedieren de la parte disponible del donante

Cabe señalar que en la confirmación de la donación por la muerte del donante la comisión redactora del Código Civil de 1870 se basó en la disposición del Senadoconsulto de la Oratio de Septimio Severo el emperador romano que convalido la donación entre cónyuges nula con la persistencia de la voluntad del cónyuge donante hasta el ultimo momento de su existencia a favor del cónyuge superviviente.

Siguiendo con las donaciones el Título Decimoquinto, contiene reglas generales de este contrato. Una de ellas es la de que no pueden ser donados los bienes futuros y que pareció conveniente establecer de un modo expreso para quitar toda duda, y que las donaciones sólo pueden tener lugar entre vivos, a fin de que nunca puedan confundirse con los legados; y si alguna se hiciere para después de la muerte del donante, deberá sujetarse a las reglas de los legados.

Como la donación es irrevocable desde que el donatario la acepta y se hace saber la aceptación al donador; es preciso que sea aceptada expresamente por el donatario, y que de este acto tenga conocimiento el donador; porque alguna vez puede ser onerosa, y para que habiendo un punto cierto de partida, puede marcarse de un modo seguro la época en que nacieron los derechos y las obligaciones del nuevo propietario de la cosa. Siendo guiadas por el principio de que todos los contratos puedan ser debidamente acreditados, ya para que pueda hacerse efectivo el registro, se han establecido en los artículos 2722 a 2730 las reglas convenientes para el otorgamiento de este contrato que solo podrá ser verbal cuando se trate bienes muebles y cuyo valor no pase de 300 pesos; en todos los demás casos se requiere escritura pública y otras condiciones que aseguren a entrambos contrayentes.

Los artículos 2731 a 2737 contienen dos disposiciones importantes. Puede suceder que un hombre, guiado de sentimientos nobles, haga donación de todos sus bienes. Si no tiene herederos forzosos es libre de hacerlo; pero la ley debe templar el

calor acaso excesivo de una generosidad indiscreta, impidiendo que el donante carezca de lo necesario para vivir. Puede también suceder que alguno haga donación de todos sus bienes por causa de muerte, reservándose algunos para testar, pero sin designar cantidad. En este caso la ley da por reservada la tercia parte, porque es de presumirse que al hacerse una reserva indeterminada, el donador no quiso burlar al donatario ni que su testamento careciera de objeto. La porción referida es una cuota prudente. Y si no dispone de ella el testador y no tiene herederos legítimos, se previene que acrezca al donatario en lugar de entrar al fisco; porque quien ha donado a otro la mayor parte de su fortuna, ha manifestado una decidida predilección a favor del donatario. De los demás artículos llama la atención el que establece, que el donatario debe pagar las deudas del donante solo hasta la cantidad que importe la donación.

A manera de conclusión el Código Civil de 1870, es el primer ordenamiento legislado para el Distrito Federal en materia civil, inspirado en el derecho romano, en el antiguo derecho español y lógicamente en el modelo para muchos países que significó el Código de Napoleón, pero tiene una evidente autonomía que le dota personalidad propia, no pretende romper con las tradiciones jurídicas y procura facilitar la transición entre el antiguo derecho español con el que se estimó adecuado para regir al Distrito Federal y al Territorio de Baja California.

Este ordenamiento civil vino a significar una legislación de incuestionable importancia, sobre todo porque compiló, reglamentó y modificó aspectos trascendentes que se encontraban disueltos en varios cuerpos legales, muchos de ellos verdaderamente anacrónicos. Por otra parte, a más de constituirse en el primer Código Civil del Distrito Federal, su transcendencia e importancia radica principalmente en que sirvió de marco legislativo para los dispositivos jurídicos posteriores.

2.3 CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA 1884

Pasados unos años de vigencia del Código Civil, se consideró procedente su revisión. En uso de la facultad que le concedió el Congreso de la Unión por decreto de fecha 14 de diciembre de 1883, el entonces Presidente Constitucional de la República Manuel González, mando promulgar el Código Civil Del Distrito Federal y Territorio de la Baja California publicado el 31 de marzo de 1884, y con vigencia a partir del 1º de junio siguiente, constando de cuatro libros con sus títulos y capítulos respectivos, y un título preliminar.

De la lectura de los cuatro libros del Código Civil en mención se desprende la recepción de enorme contenido de Derecho Romano que envió su antecesor el Código Civil de 1870, a que referí en la amplitud de los términos expresados en el punto anterior y que en obvió de repeticiones, aquí reproduzco como sí literalmente fuera.

Se revela tanto el respeto por el concepto del matrimonio, por considerarlo como uno de los principales fundamentos sobre que reposaba la sociedad, que no sólo se hizo la declaración de su indisolubilidad por los artículos del Código Civil, sino que también fue elevado a la categoría de precepto constitucional.

“En efecto: la fracción IX del artículo 23 de las adiciones a la Constitución Federal, promulgadas en 14 de Diciembre de 1874, declara expresamente que el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges, pero que las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que se determinaran por el legislador, sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona”⁽¹⁰⁴⁾

(104) SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Op. Cit. . pág 16

Respecto al tema que nos ocupa de las donaciones entre cónyuges nos ocuparemos del Libro I Título Quinto, Capítulo I que trata del matrimonio, conservó la definición del Código Civil de 1870 que en el artículo 155 expresa: "el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".(105)

También fijó igual que su predecesor la edad mínima para contraer matrimonio y que en el hombre era de catorce años y en la mujer doce, pero antes de los veintiún años no se podía contraer sin consentimiento del padre, o en defecto de éste, el de la madre.

Los impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio, el legislador estableció una serie de impedimentos de los cuales mencionaré los siguientes: la falta de edad requerida, la falta de consentimiento de las personas que lo deban otorgar, el error cuando es esencialmente de la persona, el parentesco cuando es de consanguinidad legítimo o natural, complementaron los impedimentos los artículos 160, 161 y 162, del mismo ordenamiento.

Es de recordar la definición de matrimonio del jurisconsulto romano Modestino, al manifestar, "El matrimonio es la unión de hombre y mujer con en comunidad plena de vida y en comunidad del derechos divino y humano", (106) y la crítica que generó porque realmente no era reconocida en el derecho romano la igualdad a que se refiere el jurisconsulto, que ahora se adecua con la liberal aceptación de esa igualdad en los tiempos que corren, es interesante observar que en el código en mención esa criticada igualdad se infiere al establecer el matrimonio como una sociedad legítima, así como los requisitos e impedimentos para el matrimonio con antecedentes del derecho romano en el código civil referido.

(105) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, reformado en virtud de la autorización concedida al ejecutivo por decreto de 14 de diciembre de 1883. Imprenta de Francisco Díaz de León, México, 1884. Libro I Título Quinto, Capítulo I artículo 155
(106) D 23.2 1. Op C1

En el Libro Tercero, Título Décimo, Capítulo I, referente al contrato de matrimonio con relación a los bienes de los consortes se menciona que el contrato de matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes, en éstos regímenes puede tener lugar la constitución de la dote, del cual se distingue respecto a la dote que los legisladores de este código siguieron contemplando la concepción de la dote como en el derecho romano.

Se dispone también la clase de sociedad conyugal, y la aplicación de las disposiciones legales en la sociedad voluntaria o legal, constitución y extinción de la misma, la separación de bienes y los efectos del divorcio, como lo establecen los artículos 1967 al 1977.

En el Capítulo II del mismo Libro y Título se establece lo referente a las capitulaciones matrimoniales, como los pactos celebrados por los esposos para constituir la sociedad voluntaria o separación de bienes y para la administración respectiva, la revocación y términos en que debe realizarse contemplando los bienes de los que sean dueños los consortes, disposiciones que se encuentran establecidas por los artículos 1978, 1979, 1980, y 1981.⁽¹⁰⁷⁾

Capítulo III referente a la sociedad voluntaria que debe formularse inventario de los bienes que cada esposo aporta a la sociedad y en su caso la especificación y el valor de los bienes que entran al fondo social, la declaración respecto a las ganancias de la sociedad y la parte que corresponda a cada consorte y la especificación de las deudas de cada contrayente, así como la disposición de responder de las mismas y de que la omisión de capitulaciones expresas, el matrimonio se entiende celebrado bajo la condición de sociedad legal, conforme a lo establecido de los artículos 1986, 1987, y 1989.

(107) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. 1884. Op. Cit. L.III T.X Cap. II, De las capitulaciones matrimoniales Art. 1978 Se llaman capitulaciones matrimoniales los pactos que los esposos celebran para constituir, ya sociedad voluntaria, ya separación de bienes, y para administrar estos en uno y en otro caso.

Art. 1979 Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él; y pueden comprender, no sólo los bienes de que sean dueños los esposos o consortes al tiempo de celebrarse, sino también los que adquieran después.

Art. 1980 Las capitulaciones no pueden alterarse ni revocarse después de la celebración del matrimonio, sino por convenio expreso o por sentencia judicial.

Art. 1981 Las capitulaciones deben otorgarse en escritura pública.

En el Capítulo IV, referente a la sociedad legal, se establece la celebración del matrimonio contraído fuera del Distrito Federal o del territorio de California y su regularización y la especificación de que los bienes son del cónyuge que los tenía antes de celebrarse el matrimonio y los que adquiriera durante la sociedad por cualquier motivo, y en el caso de ser onerosas se deducirán del capital del marido y también es propio de cada cónyuge lo adquirido por la consolidación de la propiedad y el usufructo.

También se establece en forma específica todos los bienes accesorios que forman el fundo de la sociedad legal así como los frutos, rentas e intereses percibidos o devengados durante la sociedad, como lo disponen los artículos 1997 al 2008.

En el Capítulo V, de la administración de la sociedad legal, se establece el término de subsistencia de la misma y se advierte la preponderancia del marido que puede enajenar y obligar a título oneroso sin el consentimiento de la mujer a contrario sensu, no puede repudiar ni aceptar la herencia común sin el consentimiento de la mujer con la suplencia judicial de ese consentimiento. La mujer fue restringida en la administración de la sociedad al consentimiento del marido en ausencia o por impedimento de éste y no puede obligar los bienes gananciales sin consentimiento del marido.

En el Capítulo VII, de la separación de bienes, se dispone la posibilidad de separación de bienes por capitulaciones anteriores al matrimonio, en virtud de convenio de los consortes o de sentencia judicial, conservando los cónyuges la propiedad y la administración de sus bienes y goce de sus productos, la carga de los consortes a contribuir a los alimentos, habitación y educación de sus hijos.

Aunque existe separación de bienes la mujer no puede enajenar los inmuebles ni los derechos reales sin el consentimiento expreso de su marido o del juez y las disposiciones respectivas al pago de las deudas de los cónyuges, según la época en que fueron contraídas. (artículos 2072 al 2083)

Siguiendo con el desarrollo ahora mencionaremos a las donaciones antenupciales en el Libro III, Título Décimo, Capítulo VIII, se dispone que la donación se realice antes del matrimonio sin importar que sea el donante sea cualquiera de los futuros esposos o un extraño, impone límites a la donación de no exceder a la sexta parte de los bienes del donante y especifica la donación inoficiosa realizada por un extraño, estipulándose reglas para la validez de la donación y la revocación de la misma.

Dejan sin efectos la donación cuando el matrimonio no se verifica, respecto a la declaración de nulidad del matrimonio, subsisten las donaciones a favor del cónyuge que obró de buena fe y al de mala fe se transmiten a los hijos del cónyuge y si no los tuviere se devuelven al donante. Lo anterior se estableció por los artículos 2098 al 2113 del Código Civil de 1884.⁽¹⁰⁸⁾

Llama la atención que en el capítulo en comento no existe prohibición expresa de las donaciones antenupciales, aunque dejan de surtir efectos tales donaciones si el matrimonio no se celebró. Diversas disposiciones se establecieron respecto a la nulidad del matrimonio para la subsistencia de la donación, tomándose en cuenta la buena fe o mala fe de los cónyuges. En el caso de surtirse la validez de las donaciones antenupciales los bienes que contemplan las mismas, incrementaran la propiedad del cónyuge conforme a la celebración de matrimonio con sociedad voluntaria, legal o de separación de bienes.

(108) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, 1884. Op. Cit. L.HI T.X Cap.VIII de las donaciones antenupciales

En el Capítulo IX del mismo libro y título referente a las donaciones entre consortes, se desprende la intención de los legisladores a fin de regular este tema de la donación entre cónyuges, predominando de que estas donaciones debe ser entre vivos o por última voluntad, pero unas y otras solo se confirman con la muerte del donante.

Me permito llamar la atención nuevamente de las disposiciones del derecho romano específicamente en la Oratio de Septimio Severo y aquí en el Código Civil de 1884 se confirman las donaciones invariablemente con la muerte del donante, cabe recordar que la disposición romana convalidaba la nulidad de las donaciones entre cónyuges por la persistencia de la voluntad del cónyuge donante hasta el último momento de su existencia.

Preocupó al legislador de 1884 preservar los derechos de los ascendientes y descendientes de los cónyuges sujetos de la donación para que no perjudiquen su crédito alimentario que desde luego es irrenunciable y preferente a cualquier otra disposición emanada de la voluntad de los cónyuges de referencia.

También en el artículo respectivo se establece una solución legal para los efectos de la revocación de la donación y que el cónyuge donante puede revocarla libremente y en el tiempo que lo decida, y respecto a la mujer no requiere de ser autorizada por el marido o por decreto judicial. La revocación puede hacerse expresamente o también se tiene presuntivamente realizada basada en los hechos encaminados a ese fin. Finalmente la superveniencia de los hijos no anulará las donaciones pero si las reducirán en los términos de las donaciones comunes.

Por la relación con el tema de este trabajo escrito de tesis, de la donación entre cónyuges, es ineluctable tratar el de las donaciones en general y así en este capítulo en el Código Civil de 1884 se dispone que la donación es un contrato, sus características las reglas aplicadas de los contratos serán para la donación en lo que no se

opongan a las disposiciones del título en comento, que la donación puede ser pura, condicional, onerosa o remuneratoria; que no comprende los bienes futuros, las reglas para las donaciones onerosas, la forma de hacer la donación especificando que bienes son objeto de la donación, la limitación de la misma y los efectos de nulidad en caso de que sea sobre la totalidad de los bienes del donante cuando no se reserve en propiedad o en usufructo lo necesario para su subsistencia, y la responsabilidad del donatario de las deudas del donante cuando comprendiere todos los bienes del mismo. Lo anterior quedó establecido en los artículos 2594 al 2626.⁽¹⁰⁹⁾

A pesar de haber sido expedido para el Distrito Federal y la Baja California, el Código Civil de 1884, tuvo gran influencia en todo el territorio nacional; por este motivo, las demás entidades federativas lo adoptaron y lo tomaron como modelo para su legislación interna, fue el caso de Veracruz, Tlaxcala, Estado de México, Guanajuato, por mencionar sólo algunos.

Al entrar en vigor este código, se sustituyeron casi todas las disposiciones que sobre la materia registral se habían dado durante la Reforma, y sus principios fundamentales fueron adoptados por muchos estados, aun cuando ya tenían sus propias legislaciones internas. Por todo esto afirmamos que este código junto con su predecesor, fueron pilares fundamentales del derecho patrio consagrando los principios reguladores básicos para la elaboración de nuestro código civil vigente.

(109) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, 1884. Op. Cit. L.III T.XV.Cap.I de las donaciones en general

3.- LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Considero previamente a tratar esta ley, una breve referencia por la íntima relación de este ordenamiento con el Código Civil de 1884 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California cuya vigencia se desplazó desde ese año hasta el 30 de Septiembre de 1932, que entró en vigor el código civil actual. Es de mencionar que durante esos años sufrió dos derogaciones de trascendencia; la primera por la publicación en el año de 1914 de la Ley del divorcio vincular y la segunda por la vigencia de la Ley de Relaciones Familiares de 1917 que derogó el Código Civil de 1884, en todo lo relacionado al derecho de familia.

En uso de sus facultades legislativas el Presidente Venustiano Carranza de las que todavía estaba investido promulgó la Ley de Relaciones Familiares publicada en el Diario Oficial de la Federación los días 9, 10 y 11 de mayo de 1917, dividida en XLIII capítulos en los que se contienen 555 artículos y 10 artículos de Disposiciones Varias.

Es de señalar que en el Considerando de la Ley de Relaciones Familiares se asentaron referencias al derecho romano, preponderantemente sobre la familia y la tendencia de establecer la igualdad entre los consortes, así como en la administración de sus bienes, y de las donaciones antenuptiales.

Cabe resaltar que este ordenamiento resultó ser una expresión jurídica sumamente novedosa en materia familiar, por su contenido político y social, la aparición de esta ley marcó un importante desarrollo en las relaciones de matrimonio.

Es de destacar que el artículo 9º de las Disposiciones Varias, deroga los Títulos y Capítulos del Libro Tercero del Código Civil publicado por el decreto del 15 de mayo de 1884. Consecuentemente esta ley es antecedente directo de los preceptos de la actual legislación referentes al derecho de familia en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, con similitud y en algunos casos igualdad en los artículos tanto para el espíritu como en la letra de la ley.

En uno de los considerandos del decreto de creación de la Ley de Relaciones Familiares, se señala la importancia de la causa que se dio el nacimiento de la misma "Que, siendo la familia entre los romanos, no sólo fuente de derechos civiles, sino también, desde muchos puntos de vista, una institución política, era natural que estuviera, como estuvo, constituida sobre la base de la autoridad absoluta del "pater familias" quien tenía sobre los hijos un poder omnimodo que lo hacía dueño de sus personas y de sus bienes, por un tiempo ilimitado, y sobre la mujer un poder semejante, pues al caer ésta bajo la potestad del marido, "in manu viri" quedaba en la familia en la situación de una hija, "loco filiae".(110)

Que los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad entre éstos y no en el imperio que, como resto de la "manus" romana, se ha otorgado al marido.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917, formuló la misma definición del matrimonio del Código Civil de 1870, pero substituyó el adjetivo de "indisoluble" por el de "disoluble" en esta forma en el artículo 13 "...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..."(111) De esa manera confirmó la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación civil y enumeró las distintas causas para conseguirlo, incluyendo el mutuo consentimiento cuyo procedimiento también reguló.

Iguál dentro del matrimonio al hombre y a la mujer, suprimiendo la potestad marital y confiriendo a ambos consortes la patria potestad, en franca oposición al Código Civil de 1884 que sólo reconocía este derecho para el padre.

(110)CONSIDERANDOS a la Ley de Relaciones Familiares, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 1917, por Don Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejecutivo Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Unión.

(111)Ley de Relaciones Familiares, C II Del matrimonio y de los requisitos necesarios para contraerlo.

Refiriéndose a las condiciones de contraer matrimonio, esta ley aumentó la edad requerida de doce años para la mujer y catorce para el hombre, a catorce y dieciséis años de edad respectivamente. Igualmente estableció nuevas causas de impedimento para su celebración.

Debido a la evolución en las relaciones patrimoniales de los cónyuges, substituyó el régimen legal de gananciales, por el régimen legal de separación de bienes (artículos 270 al 274) y a tal extremo se adhirió a este último, así el artículo 4º transitorio de esta ley ordenó que la sociedad legal derivada de aquellos matrimonios celebrados antes bajo ese régimen, se liquidaría a petición de cualquiera de los consortes, de lo contrario continuaría tal sociedad como simple comunidad regida por las disposiciones de la propia ley. Disposición que siguió una línea de reivindicación de la figura femenina en el matrimonio, pretendiendo siempre proteger los intereses de la mujer, tradicionalmente relegados por las legislaciones civiles anteriores.

En tres artículos de la ley en comento se introdujo el régimen patrimonial de separación de bienes durante el matrimonio,⁽¹¹²⁾ disponiendo que los cónyuges conservarían la propiedad y administración de los bienes que les pertenecían al momento de la unión, y que las remuneraciones personales de cada cónyuge serían propiedad del que las obtuviera, finalmente se estableció el acuerdo de los cónyuges que podían convenir en tener bienes comunes pactándose una fecha de liquidación y rendición de cuentas.

En lo que toca al tema de mi tesis la Ley de Relaciones Familiares en el Capítulo XIX, hace mención de las Donaciones Antenupticiales que tienen este nombre por realizarse antes de la celebración del matrimonio constituidas por los parientes o

(112) Ley de Relaciones Familiares, C.XVIII Del contrato de matrimonio con relación a los bienes del consorte. La redacción de los artículos en cuestión fue la siguiente

Art. 270.- El hombre y la mujer, al celebrar el contrato de matrimonio, conservaran la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen; y, por consiguiente, todos los frutos y accesories de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo de la persona a quien aquellos correspondan

Art. 271.- Serán también propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos, honorarios y ganancias que obtuviera por servicios personales, por el desempeño de un empleo o ejercicio de una profesión

Art. 272.- Los consortes después de contraer matrimonio, pueden convenir en que los productos de todos los bienes que poseen o de alguno o algunas de ellos, especificándolos en todo caso, serán comunes; pero entonces fijaran de una manera clara y precisa la fecha en que se ha de hacer la liquidación y presentar las cuentas correspondientes.

personas extrañas a los esposos o por estos mutuamente o por uno de ellos a favor del otro cónyuge. Las donaciones entre los esposos aunque fueran varias no podrán exceder de la sexta parte de los bienes del donante, ya que la donación se constituirá inoficiosas en los términos en que fueran las comunes.

Las donaciones antenuptiales no necesitan una aceptación expresa para su validez, así como no se revocan por sobrevenir hijos al donante, ni por ingratitud a no ser que el donante fuera un extraño y que la donación haya sido hecha a ambos esposos y que ambos sean ingratos. Únicamente son revocables cuando se justifica por el divorcio o el abandono injustificado del domicilio conyugal, por parte del donatario, cuando el donante fuere el otro cónyuge, también este capítulo nos aclara que los menores pueden hacer donaciones antenuptiales únicamente con la intervención de sus padres o tutores y con aprobación judicial. Las donaciones antenuptiales no tendrán efecto si el matrimonio no se realiza.

La Ley de Relaciones Familiares en la mayor parte de su contenido se transmitió al Código Civil del Distrito Federal de 1928, que con las reformas aprobadas continúa a la fecha vigente.

Actualmente en el *Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, el *Juez de lo Familiar* en los casos correspondientes aplica la Ley de Relaciones Familiares, en los juicios sucesorios y en los de liquidación de bienes de matrimonios celebrados en sociedad conyugal, teniendo en cuenta la fecha en que se contrajo el matrimonio y bajo el régimen de la Ley de Relaciones Familiares que en este caso continúa en vigor.

Lo anterior justifica la corriente incluyendo a profesores e investigadores de la Facultad de Derecho tendiente a la publicación de un Código Familiar por la importancia que este ordenamiento implica debido al creciente aumento de los problemas que se generan en los integrantes de la familia, y lamentablemente cada día son más frecuentes los litigios judiciales que se ventilan en los juzgados familiares en el Distrito Federal, estando limitados los administradores de la justicia familiar a una dependencia del código civil para su aplicación.

4.- CODIGO CIVIL DE 1928 DEL DISTRITO FEDERAL.

Habían transcurrido 44 años desde la expedición del Código Civil de 1884 y los acontecimientos políticos, sociales y económicos, generaron la problemática que afectó a la sociedad mexicana hasta el año de 1928, evolucionando la ideología del legislador, que se plasmó en los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. La legislación civil no respondía ya a las necesidades de la época, sus principios resultaban anacrónicos y obsoletos, reclamando una urgente y total revisión del código de la materia para adaptarlo a los nuevos principios de la transformación social contemplados en la Constitución Política Federal.

Interesante comentario respecto a la regulación del Código Civil de 1928 del Distrito Federal, del Lic. Gabriel Leyva y de Cruz Ponce que asientan: “Es menester detenernos a meditar sobre la importancia de los cambios sociales que provocan la consolidación o la decadencia de las instituciones en una nación. Por esto las leyes y ordenamientos surgidos a partir de los cambios sociales mencionados, deben ser siempre acordes con la dinámica social vivida en este tiempo y deben llevar consigo una gran dosis de coherencia en su regulación acorde con los tiempos y la realidad de un pueblo”.⁽¹¹³⁾

En uso de la facultad que el Congreso de la Unión confirió al Poder Ejecutivo por decretos de 7 de enero de 1926 y 6 de diciembre del mismo año, así como del 3 de enero de 1928, fué promulgado el Código Civil por el Presidente de la República, General Plutarco Elías Calles, el 30 de agosto de 1928. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928, tras una *vacatio legis* prolongada entró en vigor cuatro años después a partir del 1º de octubre de 1932, debido principalmente a dos causas: la oposición de los conservadores que pugnaban por evitar la expedición de un código de notables cambios con la tendencia de socializar al Código Civil de 1884 calificado de individualista, y que se concluyera la revisión del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.

(113) LEYVA, Gabriel y Cruz Ponce Lizandro. Código Civil para el D.F. 1932-1982. Ediciones conmemorativa del 50 aniversario de su entrada en vigor. Facultad de Derecho UNAM, MÉXICO, 1982, P'G. 5

Vigente el denominado Código Civil para el Distrito y Territorios Federales reemplazó al Código Civil de 1884 y a la Ley de Relaciones Familiares de 1917. Estableció la igualdad acorde a la comisión redactora del código que expresó "Socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra"⁽¹¹⁴⁾. Se desprende de esta última parte de la exposición de motivos, que por esa igualdad la mujer debe gozar de los mismos derechos que el hombre, y este tipo de relaciones jurídicas se contemplan de forma similar, dentro del contexto de ese ordenamiento jurídico.

A la fecha el mismo código civil se encuentra en vigor en el Distrito Federal, y en los sesenta y nueve años de vigencia ha sufrido diversas reformas y derogaciones en sus artículos originales hasta el año en curso. Actualmente denominado Código Civil para el Distrito Federal en materia común, como lo dispone su artículo inicial, al desaparecer los territorios federales y para todo la República en Materia Federal. Además es para la mayoría de los códigos civiles de las entidades federativas de la República Mexicana.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal se compone de 3074 artículos en su contenido dispositivo y 9 artículos transitorios. Por una primera parte de 21 artículos bajo el título de "Disposiciones preliminares". En ésta se regula lo relativo a la vigencia de la ley, a su aplicación, a su interpretación y en general a todo lo concerniente a la teoría de la ley, con señalamientos de la aplicación de ésta tanto en el tiempo como en el espacio, y su prevalencia ante situaciones fácticas contrarias, como su ignorancia, la costumbre, el desuso y la práctica en contrario.

(114) Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 1989, 57ª. Edición, Motivos del Código Civil, pág. 9.

Bajo su denominación, de las personas el libro primero se divide en 12 títulos, con los capítulos correspondientes integrados por los artículos del 22 al 746-Bis, títulos que son los siguientes: Título primero, de las personas físicas; segundo, de las personas morales; tercero, del domicilio; cuarto, del registro civil; cuarto bis, de la familia; quinto, del matrimonio; sexto, del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar; séptimo, de la filiación; octavo, de la patria potestad; noveno, de la tutela; décimo, de la emancipación y de la mayoría de edad; undécimo, de los ausentes e ignorados; y por último, el duodécimo, del patrimonio de la familia.

Como podrá observarse, se incluye la regulación en este libro de las personas así como el Derecho de Familia, sin establecer diferencia, dispone sobre la tutela, la emancipación, la mayoría de edad y la ausencia.

De los Bienes, es materia del Libro Segundo, se compone de siete Títulos, con sus respectivos Capítulos y Artículos 747 al 1180 el primero corresponde a disposiciones preliminares, que fijan el concepto de bienes desde el punto de vista jurídico. El Título segundo contiene, una clasificación "de los bienes"; el tercero de la posesión; el cuarto de la propiedad; el quinto del usufructo, del uso y de la habitación; el sexto de las servidumbres y el séptimo de la prescripción. Se derogaron los artículos del 1181 al 1280, que regulaban los derechos de autor, por la vigencia de la Ley Federal sobre Derechos de Autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 14 de enero de 1948, abrogado a su vez por la nueva Ley Federal de Derechos de Autor cuya publicación fue en dicho diario el 31 de diciembre de 1956.

El Derecho Sucesorio esta comprendido en el Libro Tercero, tiene 5 Títulos con los Capítulos correspondientes y los Artículos que abarcan del 1281 al 1792; el primero sobre disposiciones preliminares, regula la situación del heredero y del legatario en la sucesión; el segundo destinado a la sucesión testamentaria con regulación de los testamentos en general, la capacidad para testar y heredar, la institución de

heredero, los legados y las substituciones, así como la nulidad, revocación y caducidad de testamentos. El Título Tercero por su parte, contiene las diversas formas de testamentos y sus efectos. El Título Cuarto regula la sucesión legítima con el señalamiento de todos los que tienen derecho a heredar en orden a los grados de parentesco con el de cuius, cónyuge supérstite, colaterales hasta el cuarto grado, concubina, concubinario y Beneficencia Pública. El Título Quinto se compone de una serie de disposiciones comunes a la sucesión legítima y testamentaria, la apertura, transmisión, aceptación y repudiación de herencia, los albaceas, los inventarios, la liquidación y partición de la herencia, sus efectos, rescisión y nulidad.

El Libro Cuarto; "De las obligaciones", está dividido en tres partes con Títulos y Capítulos correspondientes, integrado por los artículos 1792 hasta el 3074. La primera parte es de las obligaciones en general, regula sus fuentes; también las extracontractuales (declaración unilateral de voluntad, enriquecimiento ilegítimo, gestión de negocios, actos ilícitos y riesgo profesional); regula asimismo las modalidades de las obligaciones, su transmisión, sus efectos, su incumplimiento y su extinción. La segunda parte contiene la regulación de las diversas especies de contratos, promesa de contrato preparatorio; contratos traslativos de dominio (compra-venta, permuta, donación y mutuo); traslativos de uso (arrendamiento y comodato); el mandato; los contratos de prestación de servicios; asociación y sociedad; la aparcería; el juego y la apuesta, la renta vitalicia y la compra de esperanza como contratos alcatorios y la fianza, la prenda y la hipoteca como contratos de garantía; por último las transacciones.

La tercera y última parte, se dividen a su vez en dos Títulos y Capítulos respectivos: El primero "De la concurrencia y prelación de créditos", señalamiento de créditos privilegiados, acreedores preferentes y clases de acreedores. El Título segundo comprende el Registro Público, su organización, Registro de Propiedad y de Personas Morales. Inmatriculación y Sistema Registral.

Referente al tema de tesis de donaciones entre cónyuges, lógicamente trataré lo relativo a las disposiciones del matrimonio como fuente de las mismas y las donaciones en general, para establecer el marco legal correspondiente.

Es importante señalar que el vigente Código Civil del Distrito Federal, desde sus antecedentes en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, con enorme contenido de derecho romano contemplaron en sus disposiciones, respecto al matrimonio y las donaciones

Al excluir el código civil que evitando repeticiones inútiles en las siguientes invocaciones me referiré al vigente Código Civil del Distrito Federal de 1928 la tradicional dote integrante del régimen patrimonial del matrimonio en Roma que se definió según el autor iglesias: *“dos o res uxoria- es el conjunto de bienes o cosas que la mujer u otra persona por ella, entrega al marido, con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales –ad sustinda onera matrimonii”*.⁽¹¹⁵⁾ Así se estableció la igualdad entre los cónyuges suprimiendo la legislación actual, ese requisito únicamente impuesto a la mujer para contraer matrimonio.

Cabe mencionar que, en las recientes reformas del 25 de mayo del año 2000, fueron derogados los artículos que regulaban los esponsales, que desde el derecho romano se celebraban entre los futuros cónyuges constituyendo la promesa de matrimonio y que igualmente al derecho romano no producían obligación de contraerlo, tampoco generaba efectos jurídicos por el incumplimiento de la promesa, aunque facultaba a los prometidos a exigir la devolución de lo donado con motivo de su concertado matrimonio. Con esa derogación no existe lo que pudiera considerarse promesa de contrato de matrimonio.

(115) IGLESIAS, Juan. Op. Cit. pág. 567

Quedaron subsistentes los artículos que en el Libro Primero, Título Quinto, Capítulo II. contempla los requisitos para contraer matrimonio; que ambos contrayentes sean mayores de edad, con capacidad de goce y ejercicio para emitir libremente su consentimiento, en caso de ser menores se requerirá el consentimiento de las personas que ejerzan la patria potestad o en su defecto la tutela o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos. Así mismo se señalan los impedimentos para celebrar el matrimonio, descritos en doce fracciones del artículo respectivo, advirtiéndose la recepción de la mayoría de los requisitos e impedimentos para celebrar el matrimonio romano denominado *iustae nuptiae*, destacando la edad de los contrayentes, el consentimiento o la suplencia legal del mismo y los impedimentos por causas de falta de edad requerida por la ley, ausencia de consentimiento o de vicios en el mismo, parentesco entre los contrayentes, en el caso de consanguinidad sin limitación de grado en línea recta en ambos sentidos e igualmente en línea colateral, en el de afinidad en línea recta sin limitación alguna, por parentesco civil hasta los descendientes del adoptado, impotencia incurable para la cópula, padecimiento de enfermedad crónica e incurable que sea contagiosa o hereditaria, y la subsistencia de un matrimonio anterior.

El matrimonio es un contrato que de acuerdo a los códigos civiles de 1870 y 1928, se podía y puede celebrarse ya sea en sociedad conyugal o en separación de bienes, situación que no señala expresamente el Código Civil de 1884, cabe aclarar que en el primero de los códigos citados se establecía además en su artículo 2100 que en cualquiera de los dos casos debía tener lugar la constitución de la dote.

El Código Civil vigente respecto al matrimonio dispone que, los cónyuges están obligados a que se cumplan los fines del matrimonio socorriéndose mutuamente, contribuyendo económicamente al sostenimiento del hogar a su alimentación y a la de sus hijos contemplada la educación a los mismos relevando del deber al cónyuge imposibilitado para trabajar y carentes de bienes propios.

Tendrán derecho a decidir de manera responsable el número y espaciamiento de sus hijos con el método de reproducción para lograr su descendencia que ejercerán de común acuerdo los cónyuges, los derechos y obligaciones del matrimonio serán iguales para los cónyuges.⁽¹¹⁶⁾

El Código Civil, dispone en el artículo 216 que: “En ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio podrán cobrarse los cónyuges retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten”,⁽¹¹⁷⁾ es de destacar que con las reformas del 25 de mayo del año 2000 se derogó el artículo 218 en el que se establecía que se debían responder ambos cónyuges por el pago de daños y perjuicios que se causaran por dolo, culpa o negligencia.

En el Libro Cuarto, Segunda parte, Título Cuarto, Capítulo I, se dispone en el articulado correspondiente sobre las donaciones, principiando por clasificar a la donación en los contratos y que es la transferencia gratuita de una parte o la totalidad de sus bienes presentes de una persona en favor de otra, que no puede comprender los bienes futuros, la donación será pura condicional, onerosa o remuneratoria, las formas de su celebración y que será perfecta produciendo sus efectos desde la aceptación del donatario con el conocimiento del donador.

Uno de los principales objetivos del Código Civil, fue el de regular la donación, que inconvenientemente mantenía un estado de inseguridad sobre los bienes donados, generado por el riesgo de una revocación inesperada que impide al donatario disponer de los bienes o mejorarlos como si fueren propios. Con el objeto de atenuar esta incertidumbre y limitar la responsabilidad del donatario, se dispuso que éste sólo responderá de las deudas anteriores del donante y solo se entenderán comprendidas las que existan con fecha auténtica al tiempo de la donación y que las donaciones periódicas se extingan con la muerte del donante.

(116) Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sisa. México, 2000. L.I.T.V Cap. III De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio. Art.162 y 164

(117) Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. L.I.T.V Cap.VI de la separación de bienes

De lo anterior parece que únicamente se imponen los deberes de referencia al donatario, tratándose solamente el aspecto pasivo de lo donado, es de mencionar que respecto a la limitación de la responsabilidad del donatario y la excluyente de la misma se dispone por el código civil que tampoco responderá de las deudas del donante si la donación fuere sobre ciertos y determinados bienes, salvo el caso que sobre los bienes donados estuviere constituida hipoteca, prenda o fraude en perjuicio de los acreedores.

También el Código Civil dispone con relación a deberes del donante que solo es responsable de la evicción de la cosa donada si expresamente se obligó a ello pero el donatario queda subrogado en todos los derechos del donante si se verifica la evicción.(118)

Es importante señalar que conforme a las reformas del 25 de mayo del año 2000, se estableció una disposición en la que las donaciones son nulas las que comprendan la totalidad de bienes del donante si este no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para su sobrevivencia acorde a sus circunstancias. También serán inoficiosas las donaciones en cuanto perjudiquen la obligación del donante de ministrar alimentos a los acreedores alimentarios.

Respecto a la revocación se limitó a cinco años el derecho de revocar la donación por supervivencia de hijos con las especificaciones establecidas transcurrido el término en mención la donación será irrevocable e igual efecto si el donante muere dentro del plazo indicado sin haberla revocado, esta obligado el donatario a la restitución al donante de los bienes donados por la superveniencia de hijos o su valor en el caso de enajenación, el donante tendrá derecho a que redima la hipoteca que hubiera constituido el donatario. También la donación será reducida cuando no se hubiera revocado por el cumplimiento de la obligación alimentaria a no ser que el donatario se haga cargo de ministrar alimentos con la garantía debida.(119)

(118) Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. L.IV.T.IV Cap.I De las donaciones

(119) Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. L.IV.T.IV Cap.III De la revocación y reducción de las donaciones

Concretándose al tema de donaciones entre cónyuges, como quedó apuntado es necesaria la existencia del matrimonio del donante y donatario, que no este afectado de nulidad, y que haya sido contraído cubriendo estrictamente los requisitos impuestos por la ley y que el consentimiento se hubiese otorgado sin vicios y por personas con capacidad de goce y ejercicio, o que se hubiese celebrado el matrimonio a pesar de los impedimentos legales. Con base en lo anterior, no se contemplan en el tema de la tesis las donaciones antenuptiales e igualmente al no incluirse la dote y haberse derogado las disposiciones del código civil respecto a los esponsales incluyendo la devolución de lo que se hubieren donado los promitentes con motivo de su concertado matrimonio.

No obstante, lo anterior, considero importante las siguientes observaciones referente a las donaciones antenuptiales que de acuerdo a las recientes reformas del código civil del 25 de mayo del año 2000, en realidad son las mismas disposiciones en cuanto al fondo se refiere, aunque fue derogado el artículo 220 su contenido se adicionó al 219 y los siguientes artículos se cambiaron las palabras de cónyuges por el de esposos que en los artículos anteriores a las reformas se utilizaba. Es de aclarar que la disposición de que las donaciones antenuptiales no se revocan por sobrevenir hijos al donante, se refiere a que el donante haya sido un tercero.

En forma expresa dispone el Código Civil en el artículo 228 que las donaciones antenuptiales hechas entre los futuros cónyuges serán revocadas cuando durante el matrimonio el donatario realice conductas de adulterio, violencia familiar, abandono de las obligaciones alimentarias u otras que sean graves a juicio del Juez de los Familiar, cometidas en perjuicio del donante o sus hijos. De lo anterior se infiere que acorde al dispositivo legal, la donación antenuptial, por la recepción que tienen al contraerse el matrimonio entre donante y donatario se confirma como donaciones entre cónyuges. Es de llamar la atención que el texto del artículo 228 referente a la revocación de las donaciones antenuptiales, serán revocadas cuando durante el matrimonio el

donatario realiza las conductas mencionadas, disposición que se aplica exactamente para la revocación de las donaciones entre consortes, acorde al artículo 233.(120)

El patrimonio en el matrimonio es tema de interesante tratamiento desde el derecho romano, partiendo que el código civil dispone que con relación a los bienes del matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes de patrimonio de sociedad conyugal o separación de bienes, que será a elección acordada entre ellos, apoyado en lo anterior, lo que puede donar un cónyuge al otro sujetándose a las disposiciones respectivas del código civil del régimen patrimonial del matrimonio celebrado en sociedad conyugal o separación de bienes, sin olvidar lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales.

Considerado el matrimonio como la unión libre de un hombre y una mujer (121) es ineluctable el acuerdo de voluntades de los cónyuges para otorgar su consentimiento y clasificándolo por su perfeccionamiento como un contrato consensual, es interesante que el régimen patrimonial inicial sea el de sociedad conyugal, y que se regirá por las capitulaciones matrimoniales que son pactos que los otorgantes celebran(122) antes del matrimonio o durante éste para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio de sociedad conyugal o de separación de bienes y reglamentar la administración de los mismos. Que en ausencia de las capitulaciones matrimoniales, omisión o imprecisión en el matrimonio de sociedad conyugal se aplicará lo que dispone el código civil en el capítulo respectivo.

En la sociedad conyugal salvo pacto en contrario que consten en las capitulaciones matrimoniales los bienes y derechos pertenecen a alguno de los cónyuges los que tiene y posea antes de celebrarse el matrimonio y pueda adquirir por prescripción durante el mismo, los que adquiere después de contraer matrimonio los que adquiera por

(120) Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. L.I.T.V Cap.VII, De las donaciones antenupticiales.

(121) Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. L.I.T.V Cap.II, De los requisitos para contraer matrimonio.

(122) Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. L.I.T.V Cap.IV, Del matrimonio con relación a los bienes.

legado, herencia o don de la fortuna, los bienes que adquiera como producto de la venta o permuta de bienes propios, los objetos de uso personal, y los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión arte u oficio del cónyuge.

La sociedad conyugal nace al celebrar el matrimonio o durante este, las capitulaciones matrimoniales se otorgaran antes de la celebración del matrimonio y durante este, que pueden modificarse ante el juez de lo familiar. La sociedad conyugal puede terminar durante el matrimonio por acuerdo de los cónyuges o por petición de alguno de ellos por los motivos que contempla el artículo 188.

El régimen patrimonial de separación de bienes, es resultado de capitulaciones anteriores al matrimonio, o por convenio de los consortes durante el matrimonio también por sentencia judicial. la separación de bienes puede ser absoluta o parcial y puede comprender no solo los bienes de que sean dueños los consortes antes o después de celebrar el matrimonio, la separación puede terminar o ser modificada por convenio de los cónyuges y los bienes que no estén comprendidos en la separación serán objeto de la sociedad conyugal que se constituye.

Las capitulaciones del régimen de separación de bienes, deben contener un inventario de los bienes de que sea dueño y nota especificada de las deudas al celebrarse el matrimonio que tenga cada consorte. Los cónyuges conservan la propiedad y administración de los frutos de sus bienes que deberán ser empleados para la satisfacción de los alimentos de su cónyuge y de sus hijos, de no proporcionarlos podrán recurrir al juez de lo familiar a efecto de que les autorice el gravamen o renta para satisfacer sus necesidades alimentarias. Son también propios de cada uno de los consortes la percepción económica que obtengan al desempeñar un empleo o por servicios profesionales, y los bienes que adquieran en común por donación herencia, legado o por cualquier otro título gratuito o por don de la fortuna, mientras se hace la división serán administrados en la forma que convengan los cónyuges, y al ejercer la

patria potestad se dividirán entre sí por partes iguales la mitad del usufructo que la ley les concede.

El Código Civil en la última reforma del 25 de mayo del año 2000 dispuso la excepción a los servicios personales que en ninguno de los dos regímenes patrimoniales los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten, solamente cuando uno de los cónyuges se ausentare y el otro tuviera que administrar esos bienes entonces sí podrá cobrar honorarios.⁽¹²⁴⁾

Preservando los antecedentes del derecho romano respecto a los regímenes patrimoniales en el matrimonio, recordemos que por la manus sobre la mujer que acompañaba al matrimonio romano los bienes de ésta ingresaban al patrimonio del marido al caer en desuso la manus desapareció el régimen de absorción de bienes; así tratándose de un matrimonio libre sine manu la mujer sui iuris conservaba la propiedad de los bienes llevados al matrimonio, así como hacen suyos los adquiridos durante el matrimonio por herencia, legado o donación o por su propio trabajo, y surgiendo el régimen patrimonial de separación de bienes romano.

El Código Civil como quedó asentado en sus disposiciones respecto al régimen patrimonial del matrimonio de sociedad conyugal o separación de bienes en este último se ubica la recepción del derecho romano con su régimen de separación de bienes. Con base en lo anterior el cónyuge podrá donar al otro los bienes que no estén contemplados en las capitulaciones matrimoniales y que hayan quedado precisados en el inventario respectivo de los bienes que sea dueño cada uno de los esposos y que no perjudique el derecho de los acreedores alimentarios. También podrá ser objeto de donación los bienes que adquiere el cónyuge por herencia legado o don de la fortuna

(124) Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. L.I.T.V Cap. IV. Del matrimonio con relación a los bienes.

Las donaciones entre cónyuges de acuerdo a las recientes reformas del código civil del 25 de mayo del año 2000, expresamente establece que, Los cónyuges pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios (art. 232),⁽¹²⁵⁾ que como quedó mencionado pueden ser revocadas por el cónyuge donante cuando el cónyuge donatario realice las conductas a que se refiere el artículo 228.

Nuevamente es de observarse que la reforma del 25 de mayo de 2000, respecto a las donaciones entre cónyuges no es de fondo, únicamente cambio la palabra de consortes por el de cónyuges, siendo además que las donaciones pueden ser revocadas que anteriormente eran anuladas cuando perjudicaban derechos de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos. lo que la reforma del código civil expresa adecuada y concretamente que son acreedores alimentarios.

Surge una observación respecto a la donación entre cónyuges con régimen de sociedad conyugal y contemplado un bien inmueble que pertenece a ambos cónyuges y uno de ellos quiere donar su parte proporcional a su cónyuge pero que se mantenga todos los bienes restantes bajo el régimen de sociedad conyugal y de acuerdo a lo dispuesto por el código civil, mencionado con anterioridad no aparece impedimento para que esa donación de la parte proporcional al cónyuge donante del bien inmueble de referencia sea válida y surta sus efectos en favor del cónyuge donatario.⁽¹²⁶⁾

(125) Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. L.I. T.V Cap. VII. De las donaciones antenuptiales.

(126) Código Civil para el Distrito Federal, Op. Cit. L.I. T.V Cap VIII De las donaciones entre consortes.

JURISPRUDENCIA

Para los romanos la *iusprudentia* era la ciencia del derecho, el jurisconsulto clásico Ulpiano la definió como: "*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum, rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto".⁽¹²⁶⁾ esto es, la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto. En la definición de Ulpiano, se observa que la primera parte tiene un carácter principalmente religioso en la segunda menciona el elemento humano, *ius*. También jurisprudencia romana es el conjunto de opiniones emitidas por famosos jurisconsultos recopiladas en gran parte en el Digesto. La jurisprudencia constituyó una fuente formal del derecho romano.

Actualmente tiene como finalidad la unificación de interpretación y aplicación de la norma jurídica. La jurisprudencia es una fuente formal de derecho ante la laguna de la ley, cuando el texto legal es oscuro y dudoso, la jurisprudencia significa una labor de creación jurídica, al precisar el sentido y alcance de la ley por interpretación de los tribunales se introducen nuevos elementos que complementan y precisan el ordenamiento jurídico.

En México la Ley de Amparo en vigor ordena en el artículo 192: "La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas, en tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario".⁽¹²⁷⁾

(126) DI PIETRO, Alfredo, DERECHO PRIVADO ROMANO, Op. Cit., pág. 13

(127) Ley de Amparo, MICRO THEMIS PROCESAL, Libro Primero, Título Cuarto, Capítulo único, Editorial Themis, S.A. de C.V. 1997.

Así las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia constituirán jurisprudencia, siempre que se sustenten en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, además existen tesis aisladas que no cumplieron con la totalidad del proceso y son las tesis que también se aplican de manera supletoria a las leyes existentes, encontrando en éstas elementos esenciales de las figuras jurídicas, en las que se puedan fundamentar los juzgadores para dictar resolución.

La Jurisprudencia y tesis constituyen un instrumento utilizado frecuentemente por el juez y tribunales colegiados, encargados de la impartición de justicia, en el momento en que deben aplicar la norma legal adecuada para resolver el caso concreto sometido a su jurisdicción, para su debida interpretación y en su caso solucionar la laguna de la ley o la obscuridad de la misma.

Cómo antecedente del derecho romano en mi opinión motivada por la lectura de la exposición de un caso en el Digesto referente a la donación entre cónyuges y la interrogante ¿Es válida la donación? que transcribo a continuación:

1.- SEMPRONIA RECIBE UNA DONACION DE SU MARIDO.- Sempronia recibe de su marido Cayo una cantidad a título de donación, y le envió una carta en que le decía "querido señor mío: como tu indulgencia ha accedido a mi petición de veinte mil sestercios para ciertos gastos míos, y esta suma me fue entregada con la condición de que, si acaso impidiera yo a mis malas costumbres que nuestro matrimonio permanezca hasta el fin de nuestra vida, o me marchara yo de tu casa contra tu voluntad o te notificara mi repudio se hizo por mi causa. te dé y restituya sin dilación los veinte mil sestercios que has querido darme a causa de donación en el día de hoy, prometo hacerlo así". Se pregunta si, en el caso de que la mujer hubiera notificado el repudio a su marido, debe ella restituir la cantidad recibida en donación. (128)

De acuerdo a las disposiciones de derecho romano que prohibía la donación entre cónyuges y además eran nulas, la donación de referencia no es válida y la cónyuge donataria debía restituir la cantidad recibida en donación. Sin embargo, cabe

(128) GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, Casuismo y Jurisprudencia Romana, Impreso por Artigrafía, Madrid 1976 pág. 301

señalar que en este caso, la donación prohibida estaba condicionada al cumplimiento de buena conducta de la cónyuge donataria, y el Código Civil vigente del Distrito Federal permite la donación entre cónyuges, empero faculta al cónyuge donante para revocarla por la conducta del donatario que constituye causal de divorcio, como recepción del derecho romano.

Invocación de jurisprudencias y tesis, referente a las donaciones entre cónyuges en México relacionadas al Código Civil del Distrito Federal y su fuente, el matrimonio y contrato de donación a continuación las siguientes:

2.- DONACION, CONTRATO DE. El artículo 2332 del Código Civil para el Distrito Federal, sólo menciona una definición de lo que es el contrato de donación, más no fija los límites o alcances del mismo, luego, tampoco debe interpretarse gramaticalmente, sino en relación con las disposiciones que rigen a dicho contrato, esto es, que aun cuando se haga la cesión de la totalidad de los bienes, debe el cedente contar con otros medios que garanticen su propia subsistencia, pues de lo contrario, sería ilógico que la ley permitiera una donación total, al grado de que el donante careciera de lo necesario para vivir, por lo que, no hay contradicción entre el precepto citado que alude a la donación de la totalidad de los bienes y el diverso 2347 del propio ordenamiento legal sustantivo que la restringe.

En realidad con los razonamientos expuestos por el tribunal colegiado en su interpretación a los artículos 2332 y 2347 del Código Civil para el D.F. no existe contradicción entre ambos preceptos, y aunque el donante es libre en su voluntad de transmitir la totalidad de sus bienes al donatario, sería injusto que por tal liberalidad quedara en extrema pobreza y sin los elementos necesarios para su sobrevivencia y la ley lo protege de los excesos en que incurrió con una liberalidad tal vez irreflexiva en la donación, que determina nula y realmente la restringe colocando al donante en el supuesto de constituir una nueva donación reservándose los elementos necesarios para satisfacer sus necesidades.

3.- DONACIONES ENTRE CÓNYUGES. PARA SU REVOCACION NO PUEDEN INVOCARSE SIMULTANEAMENTE LOS ARTÍCULOS 233 Y 286 DEL CÓDIGO CIVIL.

El código adjetivo del Distrito Federal prevé dos hipótesis diferentes para que se puedan revocar las donaciones entre cónyuges; la primera de ellas, que se encuentra contemplada en el artículo 233 del Código Civil, requiere para su procedencia que exista una causa justificada para que se pida, la cual puede tener su origen en la conducta de uno de los cónyuges que pudiera constituir una causa de divorcio de las comprendidas en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Código Civil o bien en otras conductas diversas a aquéllas, como podría ser la ingratitud del consorte en los términos previstos en el artículo 2370 del Código Civil, pero además requiere para su procedencia que subsista el matrimonio. Por ese motivo, aun cuando la causa justificada para revocar la donación tenga su origen en una conducta que pudiera dar lugar al divorcio necesario, pueda reclamarse aquélla sin que se pida la disolución del vínculo matrimonial, constituyendo en este caso la pérdida de los bienes donados una consecuencia de la disolución el vínculo matrimonial, siendo tal pérdida una cuestión accesoria del divorcio que es la principal, en alguna causal de divorcio de las comprendidas en el artículo 267 del Código Civil, en las que puede haber cónyuge culpable a diferencia del otro supuesto ya estudiado, en donde el origen de la causa de la revocación es mucho más amplio, deduciéndose de lo anterior que no pueden invocarse simultáneamente las dos hipótesis que se contemplan en los artículos que se han invocado, pues una excluye a la otra, y si se ejercitaran ambas, se iría en contra de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 31 del Código Procesal Civil.

Los razonamientos expuestos por el tribunal colegiado en materia civil en su interpretación a los artículos 233 y 286 del Código Civil para el D.F. a través de la resolución invocada establece claridad para la debida aplicación de los preceptos legales y esta en lo correcto, porque efectivamente para que proceda la acción en uno de los casos requiere la subsistencia del matrimonio entre donante y donatario y en el otro supuesto, para justificar la procedencia de la revocación de la donación tiene su origen en una conducta del donatario y puede reclamarse sin solicitar la disolución del vínculo matrimonial, con la consecuencia de la pérdida de los bienes donados y que podría ser una cuestión accesoria del divorcio fundada en alguna de las causales comprendidas por artículo diverso del código civil, siendo la segunda causa de la revocación más amplia, resultando que no pueden simultáneamente invocarse los dos supuestos contemplados en los artículos en mención, porque uno excluye al otro, puesto que el ejercicio de ambas contravendría lo dispuesto en el artículo 31 del código adjetivo de la materia.

4.- DONACION ENTRE CÓNYUGES. REVOCACION. ES OPTATIVO EJERCITARLA COMO ACCION PRINCIPAL O RECLAMARLA COMO CUESTION ACCESORIA EN UN JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO.

Es incorrecta la apreciación del tribunal de alzada consistente en que como el apelante tenía varias acciones en contra de su cónyuge, esto es, la de divorcio necesario que ejercitó y respecto de la cual se desistió con anterioridad, y la de revocación de la donación en controversia, que por se respecto de una misma cosa y provenir de una misma causa, debió de intentarlas en una sola demanda, por lo que al haber ejercitado únicamente la citada acción de divorcio, quedó extinguida la acción concerniente a la revocación de la donación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; porque en el caso se ejercitó la acción de revocación de la donación con apoyo en el numero 233 del Código Civil, o sea, como acción principal y mientras subsista el matrimonio, como lo establece dicho precepto; en cambio, el supuesto a que se refiere el ad quem y que contempla el artículo 286 del ordenamiento en consulta, prevé la pérdida de los bienes donados en perjuicio del cónyuge que haya dado causa al divorcio, constituyendo en este caso tal pérdida una consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, es decir, se trata de una cuestión accesoria la pérdida de los bienes donados al ejercitar su acción de divorcio, o bien, como lo hizo, demandar la revocación de la donación como acción principal, independiente del divorcio, con apoyo en el artículo 233 del citado ordenamiento; de suerte que, en la especie, no quedó extinguida tal acción por la circunstancia de que no se hubiera solicitado cuando se promovió el divorcio.

La resolución del tribunal colegiado en materia civil enmienda la errónea sentencia del Juez familiar del Distrito Federal en su equivocada interpretación de los preceptos legales que la demandante y cónyuge donante debió ejercitar simultáneamente las acciones de divorcio y de revocación de la donación y que al haberse desistido de esta última, y únicamente ejercitada la acción de divorcio quedó extinguida la acción de la revocación de donación, lo que es incorrecto puesto que, la pérdida de la donación es en perjuicio del cónyuge que dio causa al divorcio y como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial que en este caso se trata de un resultado accesorio la pérdida de los bienes donados al ejercitar su acción de divorcio o bien como lo entablo demandar la revocación de la donación como acción principal, fundamentándose en el artículo 233 del código civil, consecuentemente es ilegal la resolución judicial de primera instancia al determinar extinguida la acción de revocación de la donación en evidente perjuicio del demandante cónyuge donante.

5.- SOCIEDAD CONYUGAL, INAPLICABILIDAD DEL ARTICULO 215 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, CUANDO SE CELEBRAN CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN AQUELLA.

Cuando en la sociedad conyugal, los contrayentes pactan en las capitulaciones matrimoniales que aquélla comprende todos los bienes muebles e inmuebles y los productos que adquieran durante su vida de casados, incluyendo el producto del trabajo, en esa situación clara, no hay motivo para acudir al artículo 215 del Código Civil del Distrito Federal, para sostener que no forman parte de la masa de esa institución, los bienes que los cónyuges adquieran en común por donación, herencia, legado, por cualquier título gratuito o por don de la fortuna, dado que esa remisión sólo se justifica por una parte, por ausencia absoluta o parcial de capitulaciones matrimoniales y por otra, cuando lo preceptuado en esa norma, el análogo y armónico con la naturaleza y fines de la referida sociedad.

El tribunal colegiado en materia civil en su resolución con los razonamientos expuestos en su interpretación al artículo 215 del Código Civil para el D.F. establece claridad meridiana, en efecto las capitulaciones matrimoniales son pactos entre los cónyuges que en el caso rigen al matrimonio en sociedad conyugal y si por esas capitulaciones, se acordó entre los cónyuges que todos los bienes muebles e inmuebles y los productos que adquieran durante su vida de casados, incluyendo el producto de su trabajo al no haber una modificación u omisión de las capitulaciones matrimoniales no está justificada la procedencia del artículo 215 del Código Civil, que regula el régimen de separación de bienes, consecuentemente integra la sociedad conyugal también lo adquirido por los consortes en común por donación, herencia o legado, por cualquier título gratuito o por don de la fortuna, y no ha lugar a la exclusión de la masa de bienes de la sociedad conyugal.

6.- MATRIMONIO BAJO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. PROPIEDAD DE LOS QUE SE ADQUIEREN CON POSTERIORIDAD A SU CELEBRACIÓN.

No es verdad que ante la falta de pacto expreso respecto a la suerte que van a seguir los bienes que se adquieran con posterioridad a la celebración del matrimonio bajo el régimen de separación, se deba inferir que ellos pertenecen a los cónyuges por partes iguales, porque tal cosa entraña una transmisión de dominio, la que por su naturaleza sólo puede existir si expresamente se convino sobre el particular.

Incuestionablemente la resolución del tribunal colegiado en materia civil del Distrito Federal es de interés jurídico porque se desprende que el razonamiento de atribuir una transmisión de dominio, de los bienes que se adquieran con posterioridad a la celebración del matrimonio bajo el régimen de separación de bienes para integrarlos a una sociedad conyugal al considerar que pertenecen a los cónyuges por partes iguales, aparentemente la resolución contraviene lo dispuesto por el artículo 208 del código civil que establece que la separación de bienes puede ser absoluta o parcial y que los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación serán objeto de la sociedad conyugal que deben de constituir los esposos.

7.- BIENES ADQUIRIDOS EN LA SOCIEDAD CONYUGAL. LO COMPRENDE TODOS, SI EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES SE PACTA QUE SERÁN TANTO MUEBLES COMO INMEBLES Y SUS PRODUCTOS, ASÍ COMO EL RESULTADO DEL TRABAJO DE LOS CONTRAYENTES.

Si el matrimonio se celebra bajo el régimen de sociedad conyugal y se advierte de las capitulaciones el pacto en el que se comprenden todos los bienes muebles e inmuebles y sus productos que los consortes adquieran durante su vida de casados, incluyendo el resultado del trabajo, se debe entender, cualquier forma de obtenerlos sin exclusión alguna, sin que tengan que especificar que se incluyen los bienes que se adquieran por donación, herencia u otros conceptos en lo individual por cada uno de los cónyuges, porque esa situación implicaría ir contra la autonomía de la voluntad del régimen patrimonial celebrado, toda vez que los contrayentes de manera libre optan por la mancomunidad de bienes en su modalidad universal.

La resolución del tribunal colegiado de circuito en materia civil interpreta la autonomía y libre voluntad de los cónyuges sujetos al régimen de sociedad

conyugal que pactaron en las capitulaciones matrimoniales interpretándose que aun los bienes que se adquirieran por donación, herencia, o don de la fortuna individualmente por cada uno de los cónyuges estarán integrados al régimen de sociedad conyugal por haber convenido la mancomunidad de bienes de acuerdo a su voluntad de manera libre de los contrayentes abarcando todos ellos en la sociedad conyugal.

Concluyendo y puntualizando la jurisprudencia nos debe servir como un apoyo y más aún para la aplicación de carácter general a casos particulares de resoluciones con ciertas características emitidas por las autoridades judiciales competentes cumpliendo sus funciones.

6.- CUADRO COMPARATIVO DEL DERECHO ROMANO CON EL CODIGO CIVIL DEL D.F.

En el cuadro comparativo que presento a continuación se señala en la columna de la izquierda, como contemplaba el derecho romano referente a las donaciones, en la columna de la derecha se encuentran los preceptos del Código Civil del Distrito Federal vigente, referentes a las donaciones. apreciándose la transmisión y la relación de las disposiciones del Derecho Romano a los preceptos indicados.

<u>DERECHO ROMANO</u>	<u>CÓDIGO CIVIL DEL D.F.</u>
Modestino definió al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer con igualdad de condición de derechos divinos y humanos, criticado en su época por la inferioridad jurídica y social de la mujer en Roma.	Art. 146 Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.
En la monarquía, y los primeros siglo de la república el matrimonio cum manu generó integración de los bienes de la mujer al patrimonio del marido, surgió el régimen de separación de bienes al caer en desuso la manus y suprimió el régimen de absorción de bienes.	Art. 178.- El matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes.
Donación. pacto consistente en un acto de liberalidad, del donante que con reducción de su patrimonio, se desprendía de todo o parte de sus bienes transmitiéndolos gratuitamente el dominio al donatario al que enriquecía.	Art. 2332. Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes

<p>Dote, bienes que aportaba antes del casamiento la mujer, sus familiares u otras personas, para contribuir a las cargas del matrimonio, el marido adquiría la propiedad de la dote, obligado a restituirla a la disolución del matrimonio.</p>	<p>El Código Civil de 1870 y 1884 contemplaba en su articulado la dote, en el vigente de 1928 no existe regulación para la dote.</p>
<p>Esponsales, promesa de matrimonio que se garantizaba por las arras, no obligaba a contraer el matrimonio a los promitentes pero sí a la devolución de las arras al no celebrarse</p>	<p>En la reforma del 25 mayo del año 2000. fueron derogados los artículos que preceptuaban a los esponsales en el vigente Código Civil de 1928 del D.F.</p>
<p><i>Donatio ante nuptias</i>, realizada antes del matrimonio a favor de la mujer, el objeto de la donación consistía atribuir a la mujer una porción de bienes como compensación de su dote al disolverse el matrimonio, el marido debe devolver la dote y la mujer tendrá que reiterar los bienes comprendidos en la donación <i>ante nuptias</i>.</p>	<p>Art. 219. Son donaciones antenuptiales: I. Las realizadas antes del matrimonio entre los futuros cónyuges cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado; II. Las que un tercero hace a alguno o a ambos de los futuros cónyuges en consideración al matrimonio.</p>
<p>Para la validez de las donaciones ante nuptias, constituidas antes del casamiento en beneficio de la mujer, debía celebrarse el matrimonio.</p>	<p>Art. 230. Las donaciones antenuptiales quedarán sin efecto si el matrimonio dejare de efectuarse. Los donantes tienen el derecho de exigir la devolución de lo que hubieren dado con motivo del matrimonio a partir del momento en que tuvo conocimiento de la no celebración de ésta.</p>

<p>La donación propter nuptias. Era una donación a la esposa por su marido o por un tercero, celebrado el matrimonio y estuvo ligada a la dote integrando un mismo régimen patrimonial.</p>	<p>No se contempla la donación propter nuptias en el vigente Código Civil de 1928.</p>
<p>Destinada a proteger al donante y a su familia contra las donaciones exageradas, la Lex Cincia prohibía dar más de cierta tasa que no fue precisada, su violación genera la nulidad de la donación.</p>	<p>Art. 2347. Es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante, si este no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias.</p>
<p>la donación se revocaba por la ingratitud el donatario. El derecho clásico la concede al patrono contra el liberto ingrato, Justiniano la hacía general. La acción revocatoria fundada en la ingratitud del donatario era personal</p>	<p>Art.2370. La donación puede ser revocada por ingratitud: I Si el donatario comete algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante o de los ascendientes, descendientes o cónyuge de éste; II Si el donatario rehusa socorrer, según el valor de la donación, al donante que ha venido a pobreza.</p>
<p>El derecho postclásico admitió la revocación por superveniencia de hijos a favor del patrono y frente al liberto. La revocación de la donación era admitida en el derecho justinianeo, pudiendo acordarse por simple pacto.</p>	<p>Art. 2359. Las donaciones legalmente hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos, pueden ser revocadas por el donante cuando le hayan sobrevenido hijos que han nacido con todas las condiciones que sobre viabilidad exige el artículo 337.</p>

<p>El espíritu desconfiado de los romanos prefirió la concurrencia de los sujetos de donación vivos a fin de confirmar su expresión libre de voluntad para despojarse de sus bienes y transmitirlos a otro a título gratuito.</p>	<p>Art. 2338. Las donaciones sólo pueden tener lugar entre vivos y no pueden revocarse sino en los casos declarados en la ley.</p>
<p>El senadoconsulto de la Oratio de Septimio Severo, convalidó la prohibición de las donaciones entre cónyuges que era nula por la persistencia de la voluntad del cónyuge de donar a favor de su consorte hasta el último momento de su existencia, convalidando la nulidad de la donación, contrariamente a el acto nulo ningún efecto produce.</p>	<p>Art. 232. Los cónyuges pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios.</p>
<p>El derecho justiniano admitió la revocación de la donación fundada en la ingratitud del donatario, inoperante en las donaciones entre cónyuges al estar prohibidas y afectadas de nulidad.</p>	<p>Art. 233. Las donaciones entre cónyuges pueden ser revocadas por el donante, en los términos del artículo 228.</p>

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En la fundación de Roma el rapto fue la primera forma para los romanos de constituir el matrimonio.

SEGUNDA.- La ley Canuleya igualó los derechos de las clases sociales en Roma al autorizar el matrimonio entre patricios y plebeyos.

TERCERA.- En Roma por temor de los cónyuges a tener que devolver la dote y la donación propter nuptias, se negaban a divorciarse o reconocer la institución del divorcio.

CUARTA.- La mujer tenía inferioridad jurídica y social en Roma al contraer matrimonio, en cambio el vigente Código Civil de 1928 del D.F., establece igualdad de derechos y deberes para ambos cónyuges, así como para los concubinos.

QUINTA.- La donación en Roma se contemplaba como un acto de liberalidad entre personas vivas y que no estuvieran unidas por el matrimonio.

SEXTA.- Resulta paradójico que se prohibiera en Roma la donación entre cónyuges y se permitiera a favor del amante o amiga del donante.

SEPTIMA.- Al final de la República la Lex Cincia autorizó la donación entre cónyuges, con trato preferente exceptuándola de las limitaciones que imponía la misma ley.

OCTAVA.- Al inicio del Imperio Octavio Augusto declaró nulas las donaciones entre cónyuges, para evitar que el donante se desprendiera irreflexivamente de todo o parte de sus bienes en beneficio del otro.

NOVENA.- El Senadoconsulto de la Oratio de Septimio Severo en su contexto convalida la nulidad de las donaciones entre cónyuges por haberse sostenido la voluntad del cónyuge donante hasta su muerte.

DECIMA.- En el derecho postclásico se formalizan las donaciones entre cónyuges con la insinuación impuesta por Justiniano.

DECIMAPRIMERA.- En el Fuero Juzgo y las Leyes de Toro, legislación aplicada en la Nueva España, se ve claramente la influencia del derecho romano en las donaciones entre cónyuges.

DECIMASEGUNDA.- El Código Civil Francés de Napoleón, aceptó la validez de las donaciones entre cónyuges y además las reguló para que produjeran sus efectos adecuándose al cambio social impuesto por la revolución.

DÉCIMATERCERA.- El Código Civil de 1870 y 1884 del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, basándose en el Código de Napoleón sobre las donaciones entre cónyuges dispuso permitir las pero solamente confirmadas por la muerte del donante.

DÉCIMACUARTA.- En las recientes reformas del Código Civil del Distrito Federal solo se cambia la terminología no hay un cambio de fondo.

DÉCIMAQUINTA.- En el Código Civil del 28 del D.F. y en la reforma establece que el cónyuge podrá donar al otro los bienes que no estén contemplados en las capitulaciones matrimoniales.

DECIMASEXTA.- Hay una laguna en cuanto a la redacción del Código Civil del 28 vigente la ley respecto a la donación, lógicamente queda sujeta a la interpretación de las disposiciones que la rigen por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentando la jurisprudencia que deberá aplicarse en los tribunales.

BIBLIOGRAFIA

1. ARANGIO RUIZ, Vincenzo; INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO, Impreso en Ediciones Depalma. Buenos Aires 1974.
2. BELLUSCIO, Augusto Cesar. MANUAL DE DERECHO FAMILIAR, Editorial Depalma, Buenos Aires 1977.
3. DE CHURUCA, Juan, INTRODUCCION HISTÓRICA AL DERECHO ROMANO, Eitorial Rontegti, S.A., 6ª edición, Bilboa 1992.
4. DE LA RADA D. Fabio et al; ELEMENTOS DE DERECHO ROMANO, con cuadros sinópticos y precedidos de Una Introducción Histórica, Editora Nacional, México, 1966.
5. DECLAREUIL, J. ROMA Y LA ORGANIZACIÓN DEL DERECHO, traducido por el Lic. José López Pérez, editorial Hispano Americana, México, 1958.
6. DI PIETRO, Alfredo; DERECHO PRIVADO ROMANO, Editorial Depalma, 4ª Edición, Buenos Aires 1996.
7. DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL, PERSONAS, COSAS, NEGOCIO JURÍDICO E INVALIDEZ, 6ª Edición, Editorial Porrúa, 1998.
8. D'ORS Alvaro. DERECHO PRIVADO ROMANO, tercera edición revisada, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1977.
9. ESQUIVEL OBREGON, Toribio, APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO, TOMO III, Editorial Polis, 2ª. Edición, México 1938.
10. FUSTEL DE COULANGES; LA CIUDAD ANTIGUA, Estudio sobre el culto, El Derecho y Las Instituciones de Grecia y Roma, Estudio Preliminar de Daniel Moreno, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1974.
11. GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús; CASUISMO Y JURISPRUDENCIA ROMANA, Pleitos famosos del Digesto, Madrid 1976.
12. GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús, DERECHO PRIVADO ROMANO, Segunda edición revisada, Madrid 1982.

13. GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús; IUS UXORIUM, Roma-Madrid, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, número nueve, Madrid 1958.
14. GARCÍA, Trinidad, APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, 28ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1986.
15. HEINECIO, Juan; RECITACIONES DEL DERECHO CIVIL ROMANO, TOMO I y II, Octava Edición, Editorial Valencia 1888.
16. HOMO, León; EVOLUCION SOCIAL Y POLICITA DE ROMA; Editorial Argos, México, 1944.
17. IGLESIAS, Juan; DERECHO ROMANO, INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO, Sexta edición revisada y aumentada, Ediciones Ariel, S.A. Esplugues de Llobregat (Barcelona), Impreso en España, 1958.
18. LAGRANGE, M. Eugenio; MANUAL DE DERECHO ROMANO, o EXPLICACION DE LAS INSTITUCIONES DE JUSTINIANO, Librería de Victoriano Suárez, Madrid 1870.
19. LEYVA, Gabriel y Cruz, Ponce Lizandro, CÓDIGO CIVIL PARA EL D.F. 1932-1982, Edición conmemorativa del 50 aniversario de su entrada en vigor, Editado por la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. México, 1982.
20. LIVIO, Tito; OBRAS COMPLETAS, DESDE LA FUNDACIÓN DE ROMA I - II, Impreso y hecho en México por la Imprenta Universitaria, México, 1955.
21. MARGADANT S., Guillermo F.; EL DERECHO PRIVADO ROMANO, como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea, Décima Novena edición corregida y aumentada, Editorial Esfinge, México, 1993.
22. MARGADANT S., Guillermo F.; EL SIGNIFICADO DEL DERECHO ROMANO Dentro de la Enseñanza Jurídica Contemporánea, Editorial UNAM, México, 1960.
23. MARGADANT S., Guillermo F.; INTRODUCCION A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO, Décima edición, Editorial Esfinge, México, 1993.
24. MAZEAUD, Henri y Léon, MAZEAUD, Jean; LECCIONES DE DERECHO CIVIL Primera Parte, Volumen I, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PRIVADO, DERECHO OBJETIVO, DERECHOS SUBJETIVOS, Traducción de Luis Alcalá- Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959.

25. MOMMSEN, Theodor; El Derecho Penal Romano, traducción P. Dorado; Editorial La España Moderna. Madrid, s/f, tomos I y II.
26. ORTOLAN, J.; HISTOIRE DE LA LÉGISLATION ROMAINE; Librairie Plon, Paris, 1884.
27. PLANIOL, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil; con la colaboración de Georges Ripert, Tomo I, INTRODUCCION, FAMILIA, MATRIMONIO, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue. México, Obra editada en Francés por Librairie Generale de Droit et de Juriprudence. R. Pichon et. R Durand-Auzias 20 Rue Soufflot 75005 Paris, versión española de José M. Cajica Camacho.
28. PETIT, Eugenio; TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO; traducción José Fernández González. 6ª edición; Editorial Porrúa, México, 1977.
29. PINA VARA, Rafael de, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO, Editorial Porrúa, 8ª. Edición, México 1993.
30. SANCHEZ MEDAL, Ramón, LOS GRANDES CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA DE MEXICO, Editorial Porrúa, México, 1991.
31. SAVIGNY, M.F.C. de, SISTEMA DEL DERECHO ROMANO ACTUAL, traducción Jacinto Mesia y Manuel Poley. Editorial Góngora y Compañía. Madrid, 1878. Tomos I al VII.
32. SCHULZ, Fritz; DERECHO ROMANO CLASICO, TOMO I y II, Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro, Casa Editorial Bosch, Barcelona.
33. WOLFGANG KUNKEL, HISTORIA DEL DERECHO ROMANO; traducción de la cuarta edición alemana por JUAN MIQUEL, Editorial Ariel, Barcelona 1964.

FUENTES

- CONSIDERANDOS a la Ley de Relaciones Familiares, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 1917, por Don Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejecutivo Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Unión.
- EXPOSICION DE MOTIVOS de los Cuatro Libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, que hizo la Comisión Redactora al presentar el Proyecto al Supremo Gobierno, Lic. Benito Juárez, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, dado en el salón de sesiones del Congreso de la Unión el 8 de diciembre de 1870. Tip. De J.M. Aguilar Ortíz, México de 1872.
- DIGESTO DE JUSTINIANO; Versión castellana por A. D'Ors y otros; Editorial Aranzadi; Pamplona; 1968, 3 volúmenes.
- INSTITUTAS; GAIUS, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Ediciones Librería Jurídica La Plata, República Argentina 1975.
- INSTITUCIONES DEL EMPERADOR JUSTINIANO PEDRO FLAVIO; con la traducción al castellano por D. ISMAEL CALVO Y MADROÑO, Centro Editorial de Góngora, Madrid 1903.
- LOS CODIGOS ESPAÑOLES (concordados y anotados), Tomos I,II,III y VI, Imprenta de la Publicidad a Cargo de Filiberto Cardenas Uribe, Primera Edición, México, 1990.
- REGLAS DE ULPIANO, Traducción Concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar NINA PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Ediciones Lerner, Buenos Aires, Argentina, 1970.

LEGISLACION CONSULTADA

- CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, México, 1870, Tip.Tdj.m. Aguilar Ortiz.
- CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, Reformado por en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo por Decreto de 14 de diciembre de 1883, México, 1884, Imprenta de Francisco Díaz de León.
- ANUARIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA DE 1884.
- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES, Diario Oficial, Secretaria de Gobernación, Organo del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, México 9 de mayo de 1917, Tomo VIII, Número 27.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Colección Porrúa, 57ª. Edición, Porrúa, México, 1989.
- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Sixta, México 2000.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

- BLANQUEZ FRAILE, Agustín, DICCIONARIO MANUAL, LATINO-ESPAÑOL, ESPAÑOL-LATINO, SOPENA LATIN, Nueva Edición, Editorial Ramón Sopena, S.A.. Barcelona España 1978.
- GURIERREZ, Faustino – Alviz y Armanio, DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO, Tercera Edición, Reus, S.A., Madrid 1982.

JURISPRUDENCIA

1.- SEMPRONIA RECIBE UNA DONACION DE SU MARIDO.-

Paulo, 7 responsorum

(Paling. 1498 = D. 24.1.5.7)

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, Casuismo y Jurisprudencia Romana, Impreso por Artigrafía, Madrid 1976 pág. 301

2.- DONACION, CONTRATO DE.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 1656/91. Guillermo Dorantes Miranda. 31 de octubre de 1991

Unanimidad de votos. Ponente: Victor Hugo Díaz Arellano.

Secretario. Gonzalo Hernández Cervantes

Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Febrero de 1992

Página 183.

3.- DONACIONES ENTRE CÓNYUGES. PARA SU REVOCACION NO PUEDEN INVOCARSE SIMULTANEAMENTE LOS ARTICULOS 233 Y 286 DEL CÓDIGO CIVIL.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 703/95. Helcodoro Felipe Silva Monroy. 11 de mayo de 1995.

Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja.

Secretario: Francisco Sánchez Planells.

Novena Época

No de Registro: 204,974

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Materia(s): Civil

Tomo: I, Junio de 1995

Tesis: 1.3o.C.17 C

Página: 440

4.- DONACION ENTRE CÓNYUGES. REVOCACION. ES OPTATIVO EJERCITARLA COMO ACCION PRINCIPAL O RECLAMARLA COMO CUESTION ACCESORIA EN UN JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 4665/95. Miguel Melesio Barragán Gutiérrez Zamora. 18 de enero de 1996. Mayoría de votos. Ponente: José Rojas Aja.

Disidente: José Nabor González Ruiz. Secretario: Enrique Ramírez Gámez.

Novena Época

No. de Registro: 203,210

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Materia(s): Civil

Tomo: III; Febrero de 1996

Tesis: I.5o.C.34 C

Página: 411

5.- SOCIEDAD CONYUGAL, INAPLICABILIDAD DEL ARTICULO 215 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, CUANDO SE CELEBRAN CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN AQUELLA.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 860/93. María de la Luz Enríquez Rubio y otro. 19 de Noviembre de 1993. Mayoría de votos.

Disidente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo,

Ponente: Enrique R. García Vasco. Secretario: José Guadalupe Sánchez González.

Octava Época

No de Registro: 213,278

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Materia(s): Civil

Tomo: XIII-Marzo

Página: 458

6.- MATRIMONIO BAJO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. PROPIEDAD DE LOS QUE SE ADQUIEREN CON POSTERIORIDAD A SU CELEBRACIÓN.

Amparo directo 3571/74.- María Luisa Esquivel de Castro.- 18 de abril de 1977.- 5 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.-
Secretario: Carlos A. González Zárate.
Informe, 1977.
Tercera Sala. Pág. 118.

7.- BIENES ADQUIRIDOS EN LA SOCIEDAD CONYUGAL. LO COMPRENDE TODOS, SI EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES SE PACTA QUE SERÁN TANTO MUEBLES COMO INMEBLES Y SUS PRODUCTOS, ASÍ COMO EL RESULTADO DEL TRABAJO DE LOS CONTRAYENTES.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
Amparo en revisión 860/93. María de la Luz Enríquez Rubio y otro, 19 de noviembre de 1993. Mayoría de votos.

Disidente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo.
Ponente: Enrique R. García Vasco.
Secretario: José Guadalupe Sánchez González.

Octava Época

No de Registro: 213,069

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Materia(s): Civil

Tomo: XIII-Marzo

Página: 319