



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

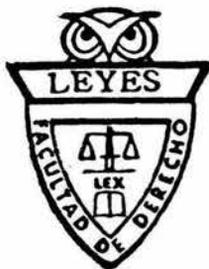
**PATRIMONIO EN EL MATRIMONIO ROMANO Y SU
RECEPCION EN EL CODIGO CIVIL DISTRITAL.**

T E S I S

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

**P R E S E N T A :
AZUCENA NARANJO BUTRON**

ASESOR DE TESIS: LIC. RAQUEL SAGAON INFANTE



MEXICO, D.F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO

ASUNTO: OFICIO DE TERMINACIÓN
FD/SDR/03/04

Ing. Leopoldo Silva Gutiérrez
Director General de la Administración
Escolar de la U.N.A.M.
Presente

La alumna AZUCENA NARANJO BUTRON, ha elaborado en este seminario bajo la dirección de la LIC. RAQUEL SAGAÓN INFANTE, la tesis titulada "PATRIMONIO EN EL MATRIMONIO ROMANO Y SU RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DISTRITAL", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciada en Derecho.

La Lic. Raquel Sagaón Infante, me ha comunicado que el trabajo se concluyó satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, para su presentación en examen profesional.

En mi carácter de directora del seminario, apruebo la tesis presentada para que sea sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna Azucena Naranjo Butron, he inserto la leyenda que dice:

En sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"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 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 ESPÍRITU
Ciudad Universitaria, D.F. marzo 29 de 2004

LIC. SARA BIALOSTOSKY
Directora

c.p. expediente



A G R A D E C I M I E N T O S :

A Dios por permitirme vivir este maravilloso momento,

A mis padres por regalarme la vida y educación y creer en mi;

A mi madre Imelda Alberta Butrón Vite, por su apoyo y consejos cuyos efectos hicieron de mi una persona honesta.

A mi padre, amigo y maestro Javier Naranjo Ibarra por su apoyo incondicional, confianza e ideas cuyos efectos hicieron que siguiera su mismo camino y que sea una persona de valor y útil a la sociedad.

A la profesora Lic. Raquel Sagaon Infante por aceptar ser mi asesora y regalarme su tiempo, sabiduría, paciencia, apoyo y consejos que sin ella no hubiese podido culminar mi máxima ambición.

A los Profesores de esta Facultad que colaboraron para formarme en la profesión de la carrera de Derecho.

En honor al Dr. Guillermo Floris Margadant, que nos dejó un gran legado.

A la Universidad Nacional Autónoma de México

***PATRIMONIO EN EL MATRIMONIO
ROMANO Y SU RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO
CIVIL DISTRITAL***

SEMINARIO DE DERECHO ROMANO



I N D I C E

E L P A T R I M O N I O E N E L M A T R I M O N I O
R O M A N O Y S U R E C E P C I O N E N E L
C O D I G O C I V I L D I S T R I T A L

	PAGS.
I N T R O D U C C I O N	1

C A P I T U L O P R I M E R O

I. ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL MATRIMONIO ROMANO

I.1 MATRIMONIO PRIMITIVO.	3
I.2 EL MATRIMONIO POR RAPTO Y COMPRA.	8
I.3 CONCEPTO DE MATRIMONIO ROMANO.	12
I.4 IUSTAE NUPTIAE.	19
I.5 CONCUBINATO	29
I.6 MATRIMONIO SINE CONNUBIO	34
I.7 EL CONTUBERNIO.	37

C A P I T U L O S E G U N D O

II. PATRIMONIO EN EL MATRIMONIO ROMANO

2.1 CONCEPTO DE PATRIMONIO FAMILIAR ROMANO.	39
2.2 DONATIO PROPTER NUPTIAS.	43
2.3 REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO.	48
2.4 CONVENIO CUM MANU.	55
2.5 CONVENIO SINE MANU.	58

2.6 REGIMEN DE LOS BIENES DOTALES	61
2.7 DONACIONES DURANTE EL MATRIMONIO.	70

C A P I T U L O T E R C E R O

III. EL REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO DESDE LA CONQUISTA HASTA NUESTROS DIAS.

3.1 RECOPIACION DE INDIAS DE 1860.	74
3.2 CODIGO CIVIL DE NAPOLEON DE 1804.	77
3.3 CODIGO CIVIL DE OAXACA DE 1827.	82
3.4 LEY DEL MATRIMONIO CIVIL 1859.	87
3.5 CODIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO 1866.	90
3.6 CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL 1870.	92
3.7 CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL 1884.	96
3.8 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES 1917.	99
3.9 CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL 1928	103

C A P I T U L O C U A R T O

IV. EL PATRIMONIO EN EL MATRIMONIO EN EL DERECHO FAMILIAR DISTRITAL.

4.1 EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO	107
4.2 EFECTOS DEL MATRIMONIO, LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE LOS CONYUGES.	111
4.3 DIVERSOS REGIMENES MATRIMONIALES Y APORTACIONES MATERIALES.	116
4.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL MATRIMONIO	126

4.5	EL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS EN EL PATRIMONIO; DISPOSICIONES DEL CODIGO CIVIL VIGENTE DEL DISTRITO FEDERAL.	129
	JURISPRUDENCIA.	131

C A P I T U L O Q U I N T O

V. COMPARACION DEL DERECHO ROMANO CON EL CODIGO CIVIL
DISTRITAL

5.1	SEMEJANZAS ENTRE EL MATRIMONIO ROMANO Y EL MATRIMONIO ACTUAL DISTRITAL.	138
-----	--	-----

5.2	DIFERENCIAS ENTRE EL MATRIMONIO ROMANO Y EL MATRIMONIO ACTUAL DISTRITAL.	142
-----	---	-----

	C O N C L U S I O N E S	147
--	-----------------------------------	-----

	B I B L I O G R A F I A	152
--	-----------------------------------	-----

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

El contenido de este trabajo de investigación esta dedicado en los primeros capítulos al origen de la cuna de nuestro derecho con las instituciones primitivas que aparecieron dentro de la era del patriarcado y que hasta la fecha tienen vigencia jurídica, ya que establece el núcleo fundamental de la familia dentro de la sociedad.

Nuestro antecedente jurídico data desde su incipiente origen con Rómulo hasta la muerte del emperador Justiniano(565 de d.n.e.), sin embargo, el estudio del Derecho Romano ha cesado de constituir la base de toda educación jurídica.

Además de su utilidad histórica, el Derecho Romano, conjuntamente con nuestros antecedentes de derecho y nuestras costumbres, dio origen al Derecho Mexicano actual, de ahí la importancia de conocer el patrimonio dentro del matrimonio que sirvieron de sustento para darle mejor interpretación a nuestra legislación y apreciar su valor.

Durante las primeras etapas de la organización romana, el matrimonio estuvo íntimamente ligado y subordinado a la religión; pero no por eso desapareció su valor. Los romanos tuvieron expresiones diferentes para designar los que ellos consideraron como de origen divino y las que emanaban de los hombres; el derecho sagrado es la ley divina; esto es que se referían; que a la unión marital del hombre y la mujer, dan lugar al nacimiento de un ser humano; y la jus humana, es la obra de la humanidad, donde define la importancia del matrimonio frente a la sociedad, se apoya desde un principio sobre la autoridad del

pater familias que es ilimitada. Posteriormente cuando surgió el concubinato, el pater se le restó autoridad en el matrimonio, de allí surgieron los diversos sistemas de los bienes patrimoniales, y que hasta hoy en día se definen como bienes mancomunados o separación de bienes.

De esta manera podemos afirmar que el Derecho fue la expresión mas duradera y característica del espíritu romano. Roma nos legó sus leyes y tradiciones como base del orden jurídico, pues a partir de la Edad Media diversas naciones Europeas adoptaron totalmente las disposiciones y leyes del derecho romano, mismo que fue traído a través de las invasiones de los Europeos en nuestro país.

ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL MATRIMONIO ROMANO

I.1 MATRIMONIO PRIMITIVO

Desde que el hombre apareció sobre la faz de la tierra formó la primera célula social: el matrimonio, que inicialmente se celebraba en grupos, hombres y mujeres buscaban la unión sexual de tribus distintas, provocando con ello, promiscuidades de índole relativa, pues el hombre por instinto natural y sentimental, permanecía con la mujer hasta el nacimiento del hijo. Dentro de este tipo de matrimonio colectivo se mantuvo el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina, es decir, por la madre; los hijos seguían la condición social y jurídica a los distintos miembros del clan materno.

El Dr. Margadant, nos comenta: "Este tipo de matrimonio, solo existió en la cultura etrusca; pero en el ambiente ario, fue totalmente distinta, pues desde que aparece la cultura romana, el matrimonio se formó de un solo hombre con una sola mujer, siendo por excelencia este tipo de matrimonio monogámico, el sistema se contaba por línea paterna."¹

No era el afecto el fundamento del matrimonio primitivo sino que se encontraba en el poder paternal o marital influenciada por una Institución Religiosa, y como consecuencia el matrimonio era considerado como sagrado pues era establecida e iniciada a través de rituales.

" La religión ha enseñado al hombre que la unión conyugal es algo mas que una relación de sexos y un afecto pasajero, pues ha unido a los esposos con los firmes lazos del

¹ MARGADANT, Guillermo F. EL DERECHO PRIVADO ROMANO, edit. Esfinge, S.A de C.V. 24 Edic. Edo. De México. 1999, pág. 95

mismo culto y de las mismas creencias. La ceremonia de las nupcias era, por otra parte, tan solemne y producía efectos tan graves que no deben causar sorpresas que esos hombres solo la hayan creado lícita y posible para una sola mujer en cada casa. Tal religión no se podía admitir la poligamia." ²

Por lo tanto, este sistema era agnaticio, solo la línea paternal se reconocía el parentesco, influenciada por la relegión del culto doméstico, en donde la familia solo continuaba el culto a través de los varones.

" Es por ello que el nacimiento de una hija no realizaba el objeto del matrimonio, ella no podía continuar la ceremonia, pues el día que se casaba renunciaba a la familia y a la liturgia de su padre." ³

La situación de la mujer al desposarse, pertenecía porderecho a las costumbres y al tipo de religión concerniente al marido transformándose un deber de perpetuar al culto doméstico que ha sido el principio de la ley del matrimonio entre los antiguos de la línea masculina, pues en la femenina se desconocía el parentesco.

Es por ello, que la constitución social al que imperaba la cultura romana dentro del matrimonio arraigada siempre en sus inicios de la potestad paternal o bien el jefe máximo de la horda, gozaba del poder absoluto total de los miembros de su gens.

² FUSTEL de Coulanges. LA CIUDAD ANTIGUA Estudio sobre el culto, el derecho y las Instituciones de Grecia y Roma, 2º edición, edit. Porrúa, pág. 30

³ *Ibid.* Pág. 34

" Se le llamó gens, al grupo social de personas que descendían de un solo progenitor, el tipo predominante en ellos era la propio iure, es decir, la familia, en la que los hijos y los hijos de los hijos estaban sometidos al pater o paterfamilias. (*)" ⁴

El soberano de la gens, buscaba a través de la autoridad del otro paterfamilias la unión sexual de una de sus descendientes (hembra) para uno de los miembros de su familia (varón), con el fin de obtener con ello la descendencia de carácter paternal, es decir, hacer nacer un tercero que fuese apto para seguir con el culto doméstico. El afecto era ignorado por la tradición absoluta de la religión doméstica, pues en el matrimonio el varón alieni iuris (**) y la mujer no gozaban de la libertad de esposos, su relación era puramente sexual sometidos a la voluntad del jefe mayor, es decir, del pater, sobretodo en la mujer ya que nunca tuvo derechos en la tribu de su esposo, pues se le veía como la vía sanguínea de crear hijos a favor de los ascendientes de su pareja, el reconocimiento jurídico la tenía el máximo jefe la gens, que institucionalmente se le llamó manus.

" La manus que era una institución de carácter patriarcal, creaba consecuencias jurídicas, como la unión sexual (al que los romanos le llamarón affectio maritalis) de

* Jefe de familia, que eso implique que tenga hijos o no hijos, que sea casado o soltero, púber o impúber. El paterfamilias debía ser ciudadano romano y no estar bajo la potestad de otro, él es el único que podía disponer de los bienes de la familia.

⁴ PIETRO DE BARON, Francisci. SÍNTESIS HISTORICA DEL DERECHO ROMANO, traduc. Ursino alvarez, edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954. pág. 25

** Relación de personas que están bajo la potestad del mismo paterfamilias

sus hijos (unión de un solo hombre y una sola mujer) con la obligación de crear descendientes en favor del soberano.”⁵

Monogámica en esencia fue el antecedente del matrimonio en la cuna de este derecho, además el consentimiento de la voluntad dependía mas del culto religioso que prescindía el pater sobre los contrayentes.

Una vez que las mujeres entraban a formar parte de la familia del marido, supeditándose a la misma potestad y rompiendo todo vínculo con la familia de que procedían, según esto la esposa (uxor in manu) se hacía filiafamilias de su cónyuge; neptis loco, si era el paterfamilias del mismo esposo, en cuyo caso a la muerte del padre el hijosucedía a la manus.

“Si la manus era un derecho, el matrimonio por sí mismo era una situación de hecho; una vez que el hombre y la mujer habían obtenido la capacidad para procrear, es entonces que convivían de manera conyugal (honor maritii).”⁶

Es por ello que dentro de las nupcias existía ventaja entre los esposos, pues mientras que el hombre gozaba de mas derechos sobre la mujer, ella era obligada a procrear solamente a favor de la gens que la requería, por lo tanto se convertía en sierva del matrimonio y esclava de la familia de su marido, pues él tenía el poder absoluto y total sobre ella, como provocarle la muerte o incluso venderla (típica costumbre de aquella época).

⁵ GARCIA Garrido, Manuel J. DERECHO PRIVADO ROMANO. (acciones,casos Instituciones) edit 4º, reimpresión, edit Dykinson 1989, Madrid. Págs. 704,705

⁶ D'ORS Alvaro. DERECHO PRIVADO ROMANO. Edit. Universidad de Navarra, Pamplona, España 1989, 2 edic.pág..572

Esta tradición social y religiosa en donde imperaban los paterfamilias en el matrimonio, se establecía que al entregar a sus descendientes (mujeres) a otra gens, ellas dejaban de ser jurídicamente sus hijas, pues eran integradas y sometidas a su nuevo jefe o cabeza de familia, usándolas como hembras de procreación.

Sin embargo, "aunque la mujer estaba sometida a la manus del marido y tenía la condición de hija, siendo hermana agnada de sus hijos, gozaba de la mas alta consideración social como la digna compañera de su esposo."⁷

Socialmente reconocida como la única esposa del varón, pero en relación al sistema jurídico ocupaba el plano de hija legítima, es decir, solo gozaba de rango o status social.

Dentro de este tipo de sistema del matrimonio primitivo el consentimiento formal era manifestado por los paterfamilias para interés propiamente de su gens y religión doméstica, con la finalidad de garantizar su descendencia en dirección de su línea consanguínea paterna, dándose así la importancia del hombre-varón dentro del matrimonio, la situación de la hembra-mujer, solo se le consideró como objeto de procreación.

Este tipo de matrimonio primitivo se le caracterizó esencialmente como una unión de carácter marital o natural de dos personas de distinto sexo. Monogámica fue el antecedente fulminante del matrimonio romano, siendo que los romanos se

⁷ SHOM, Rodolfo. INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO (Historia y sistema), edit. Nacional, México 1975, pág. 280

apoyaron en la primera ley: la ley natural, por lo mismo los patriarcas buscaban mujeres de otras estirpes.

"Además de que la estructura del inicio del matrimonio se produjo sobre una base religiosa, que hace a la mujer participe de los = sacra = del marido y proscribire el celibato y el adulterio, para que la falta de descendencia legítima no extinga el culto doméstico y se rompa la serie de los descendientes quedando excluidos los antepasados de la felicidad de ultratumba."⁸

I.2 MATRIMONIO POR RAPTO Y COMPRA.

Dentro de las formas primitivas en que se desarrolló el matrimonio, dándole prioridad al enlace de la perpetuación humana, utilizando personas de distinto sexo, en las etapas de su desarrollo corporal y fisiológico, tanto en el hombre como en la mujer, siendo que ésta última se le consideró como el principal medio idóneo para acrecentar la descendencia en favor del paterfamilias, apreciándola como una más de las propiedades del pater, como si fuera una cosa común que era aprovechada para que rindiera frutos, es decir, solo seguía siendo utilizada para procrear hijos, disponiendo libremente de ella.

Tanto el robo como el rapto estuvo vinculado en el derecho jurídico de los paterfamilias, era clandestino usar las posesiones sin autorización del titular de los bienes, como apoderarse y disponer indebidamente de la mujer, obligándola por el hombre (que generalmente se daban las violaciones continuas; esto es que no se tomaba en cuenta la voluntad de la desposada ya que era esclava sexualmente de su marido) a rendir frutos .

⁸ HERNÁNDEZ Francisco, Tejero Jorge LECCIONES DE DERECHO ROMANO.edit Universidad Complutense Madrid,edic. 5º, 1989, pág. 289

Esta manera de adquirir a la mujer o el objeto sexual era establecido por el transcurso de cierto tiempo del poder de quien se había posesionado de ella, ya sea sin el consentimiento del pater, o bien raptándola, al igual como si fuera un bien inmueble o cosa común.

" La legitimación del ladrón de la posesión en relación a la hembra, prescribían en un año, sin embargo para los bienes comunes o inmuebles el transcurso del tiempo era de dos años sin necesidad de haberlos obtenido por compra legítima. De esta manera el marido adquiriría por usucapión a la mujer por quien conviviese, ya sea maritalmente con ella, durante un año." ⁹

A pesar de la forma en que prescribía la mujer raptada que era considerada como un bien patrimonial, por el transcurso del tiempo prolongado en poder del varón de quien ilegalmente se había posesionado de ella utilizándola para su uso propio, ya que la hembra que la usaban sexualmente era solamente para crear descendientes en favor del paterfamilias y así rendirle culto al dios doméstico, (en este caso al que la desposó o la raptó), por lo tanto la esposa se sumaba al clan del hombre que la dominó genitualmente de tal manera se le obligaba a instruirse conforme a la tradición y cultura de su raptor, de este modo el derecho de posesión se determinó en menos de un año, asimismo a la mujer ya no era bien vista en la tribu donde ella había nacido, pues ya se le consideraba extranjera por la formación, uso y costumbre que obtenían de ella por parte de su raptor.

En lo tocante a los bienes comunes, el período prescribía en dos años, como era objeto físico inamovible, sin

⁹ SHOM, Rodolfo. Op.Cit. pág. 282

poder crear cosas de la naturaleza, solo lo transforma el hombre (estamos hablando de un derecho real) para cosas caseras, el desgaste se va devaluando conforme pasaba el tiempo del poder de quien se había adjudicado; en contraste, con lo que le sucedía a la hembra sustraída, la transformación que se operaba en ella de obligarla a abandonar su religión de origen y someterse a la de su secuestrador aceptando crear descendientes a favor del pater.

De esta forma, se le consideraba el rapto como el medio de constituir un matrimonio, pues la posesión por la esposa, se realizaba por la consumación del poder marital del hombre.

Otro tipo de matrimonio primitivo que iba a la par con el rapto era a través de la compraventa; ésta era una de las formas mas usuales para integrar a la mujer en el matrimonio que consistía en una venta ficticia hecha por el paterfamilias hacia otro titular de la gens.

" Era como una ceremonia civil, manifestándose en una compra fingida hacia la mujer en la forma de mancipatio (*)a falta de esta celebridad, la mujer podía adquirirse mediante el usus (**), que es la adquisición por la posesión. El matrimonio adquiere la manus sobre la mujer cuando ejerce de hecho esta potestad a lo largo de un año."¹⁰

Esta forma extraña de constituir el matrimonio mediante la simulación de un acto jurídico en la posesión por la transmisión del poder sobre la mujer de un titular a otro, y la

* Forma solemne de adquirir la propiedad de la cosa, y para transmitir el poder del padre al marido.

** En sentido amplio significa el uso de la cosa. En relación el matrimonio era una de las formas de adquirir la manus
¹⁰ BONFANTE, Pedro. INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO, 5º edc, traduc. De la octava edic. Italiana por Luis Bacoí y andres Larrosa, edit, Reus. Pág. 186

realización del acto sexual se daba por hecho la obligación contractual, en donde la venta simbólica residía en la mujer, y el hombre o su marido cumplía tal prestación dentro del contrato con la función sexual.

Este tipo de acto solemne se caracterizaba como una situación creada y condicionada a través de causas naturales y sociales, esto es, que el trato se realizaba con el fin de que la mujer requerida se encontrará en la etapa de la madurez sexual biológica para que pudiera procrear a favor del contratante, pues la base de este acto era seguir la estirpe a favor del poderoso paterfamilias.

Sin embargo se consideraba un matrimonio constituido por el modo y tiempo de tracto sucesivo e ilimitado cuando la mujer ya integrada dentro de la familia de su marido, reconocida socialmente como la única esposa y legítima de él provocando con ello una forma de comunidad de vida.

" Este tipo de contrato por compraventa se contraía mediante promesa, al que los romanos le llamarón sponcio." ¹¹

La mujer era considerada como un objeto o instrumento de procreación, no tenía derechos pero sí obligaciones con el que la adquiriría, como la unión sexual con el marido para crearle descendientes.

El tipo de compromiso en esencia, emanaba de un contrato verbal, solemne y bilateral (por los contratantes, en este caso

¹¹ ARANGIO Ruíz, Vicenzo INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO, edit. Depalama. buenos Aires, 1986. pág..501

los paters) creando solo una condición: la obligación por la consumación marital entre un hombre y una mujer.

1.3 CONCEPTO DE MATRIMONIO ROMANO

En el antiguo derecho romano, el matrimonio se le consideraba un hecho de orden natural y de carácter religioso, es por ello que bastaba la permanencia entre dos personas de diferente sexo para mantener relaciones íntimas y seguir con el culto doméstico, así también con la perpetuación humana en dirección de la línea paternal sanguínea. Esto se convenía a través de la institución de la manus; es por ello que no existía un concepto especial sobre el matrimonio, solamente se encontraba la forma de vida de los cónyuges para dar lugar (de una relación vinculada hacia el aspecto marital) a la procreación de hijos.

Es por ello que la figura jurídica del matrimonio entre personas de distinto sexo, fue mas que nada de origen religioso, pues el concepto de matrimonio aparece en la época clásica en los textos de Modestino:

" Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortiummi vitae, divini et humani iuris communicatio :

Unión del macho y la hembra y consorcio de toda la vida comunicación del derecho divino y humano." ¹²

El primer concepto que aparece en este derecho, trae consigo el viejo pensamiento de culto religioso, pues estipula la

¹² IGLESIAS Juan, INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO, edit. Ariel Barcelona, 1972, pag. 548 cita tomado del D.50,2.1 Modestino.

relación existente entre un hombre y una mujer con el fin de mantener relaciones maritales para toda la vida.

" Uno objetivo, que consiste en la convivencia del hombre y la mujer; y el otro de carácter subjetivo que es la intención de los contrayentes de considerarse recíprocamente como marido y mujer, elemento que se llama affectio maritalis."¹³

Estos elementos se caracterizan esencialmente como la existencia de una comunidad de vida que fija en el instante en que se inicia el matrimonio y consiste en la unión física de ambos cónyuges que establecen entre ellos un estado de vida conyugal.

" La affectio maritalis se exterioriza por el honor matrimonii, esto es, el trato que los esposos se dispensan en público, muy especialmente en que el marido da a la mujer, quien debe compartir el rango y status social de áquel y gozar de la dignidad de esposa."¹⁴

Esta affectio maritalis es manifestada por la permanencia de vida en común en que ambos tienen trato recíproco de esposos. La affectio maritalis es trascendental para la constitución y duración del matrimonio, de allí que el matrimonio era disoluble en vida cuando dejaba de existir, pues el elemento esencial era el afecto entre ambos consortes.

¹³ MORINEAU Iduarte, Marta y Roman Igesias González. DERECHO ROMANO, 2º edic, edit. harla. pág. 87

¹⁴ Ibid. pag. 87

Sin embargo el siguiente párrafo del mismo concepto, expresa: comunicación del derecho divino y humano.

Basándonos del mismo concepto, el tipo de matrimonio en esencia estuvo relacionada en todo momento con la religión y el culto, como todo pueblo primitivo, practicaba el animismo donde las deidades no eran mas que figuras representativas de la naturaleza, de las cuales los arios primitivos practicaban toda clase de ritos, (en este caso el matrimonio) para mantenerlas en actitud positiva; esta forma de institución se hallaba ligada a la organización política y a la constitución familiar, prescindiendo con ello todos los actos de la vida pública y privada, (en este caso la unión monogámica entre un hombre y una mujer).

" Es por ello que desde la aparición del origen del matrimonio, los romanos lo celebraban a través de ceremonias o ritos religiosos que consistía en un sacrificio ofrendado a Júpiter, con determinadas palabras solemnes por cuyo medio se consagraba formalmente la comunidad de vida entre cónyuges."¹⁵

Este tipo de matrimonio ritual primitivo, como el de compra eran formas complementarias de casamiento, pues desde su aparición se empleaba el rigor formalista del derecho antiguo, aún cuando tiene su origen en la época primitiva, de allí el antecedente de la noción de las *iustae nuptiae*, colocándose desde un principio de actos religiosos y de orden natural que posteriormente trascendió al sistema social, estableciéndose la importancia de mantener la inmortalidad humana en la familia

¹⁵ PETIT, Eugene TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, tradc. Por Fernández González, edit, Epoca S.A de C.V. 1978, edic 9^o. p 103

romana, en dirección de la línea patriarcal sanguínea con la influencia de la institución de la manus, es por ello que dicho concepto del matrimonio no se tiene el conocimiento propio jurídico del estado de las nupcias, que originalmente se formó entre un solo hombre y una sola mujer, además de que fue severamente monogámico.

Sin embargo, Eduardo Volterra analiza que: " La concepción social del matrimonio se transforma en relación jurídica pues existe cuando un hombre y una mujer libres, que tienen entre ellos el connubium, (esto es, la capacidad que le es reconocida por el derecho positivo de constituir entre sí una unión conyugal jurídicamente válida) y tienen la edad prescrita, establecen una relación conyugal con la voluntad efectiva y continua de estar unidos en forma estable en matrimonio.

La existencia jurídica del mismo matrimonio depende de la persistencia tanto del connubium como el de la voluntad recíproca de los cónyuges."¹⁶

La forma de concepción clásica a la que hace alusión el autor, define la situación social de una vida conyugal entre personas de distinto sexo, que enlaza con ello la transformación de deberes y obligaciones en la relación jurídica, en tanto que exista la capacidad biológica y psicológica, pero a decir verdad, este derecho clásico todavía contenía rasgos esenciales de la institución patriarcal, aunque en esta época había indicios de la rebeldía de los sujetos a patria potestad, pues el titular de

¹⁶ VOLTERRA, Eduardo. INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO. Traduc. Jesús Duca Marínez, edit. Civilitas, S.A. . p. 639

todos los derechos políticos, económicos y sociales residían en el pater, por lo tanto el matrimonio era limitado a los sujetos alieni iuris, siendo reconocidos como ciudadanos romanos subordinados a la potestad paterna y libres, por lo tanto no existía todavía, en esta época la libre voluntad recíproca de mantenerse como cónyuges.

En cambio Rodolfo Shom nos señala: " El matrimonio es la plena y legítima unión y convivencia del hombre y la mujer.

El matrimonio del antiguo derecho no implica como factor esencial poderes maritales absolutos sobre la persona de la mujer manus maritii por virtud de las cuales esta pasa a formar parte de la casa del marido a cuyo imperio queda sometido."¹⁷

En esta noción del matrimonio, partiendo la base del concepto, (de igual forma) queda reiterado la cohabitación de dos personas de distinto sexo, en su estado de desarrollo biológico y de status social.

En la época postclásica aparece otra definición diferente del concepto de matrimonio, procedente de las institutas de Justiniano; donde expresa ya una situación de forma esencialmente jurídica y social de vida entre los esposos reconocida (de la misma manera) por la ley romana:

" Contraen entre sí las justas nupcias, los ciudadanos romanos que se unen según los preceptos de las leyes siendo púberos los varones y núbiles las mujeres, ya sea padre de

¹⁷ SHOM, Rodolfo, Op.Cit. p.281

familia, ya hijos de familia con tal que, sin embargo, los hijos de familia tengan también el consentimiento de los padres bajo cuya potestad están. Pues que esto debe hacerse lo aconsejan así el derecho civil como el natural, de tal manera que debe proceder el consentimiento del padre.”¹⁸

Esta forma conceptual, determina la convivencia conyugal, continua y duradera a través de las normas sociales por el consentimiento de los paterfamilias, reflejándose al mismo tiempo la formalidad del modo esencial que es precisamente el afecto y comunidad de vida marital entre los cónyuges. Delimita entonces la estructura de la configuración jurídica del matrimonio, por la manera de mantenerse entre ellos la voluntad continua y recíproca, existiendo de esta manera el elemento esencial en orden a las nupcias, el cuál se viene apareciendo como un contrato de sociedad, ratificándola ante los paterfamilias, pues ellos eran quienes gozaban solamente de la titularidad jurídica.

Juan Iglesias manifiesta: “Que la noción postclásica (época de Justiniano) del matrimonio era ya una situación fundada en la comunidad conyugal y afectiva, y que de allí parte que el compromiso se interpreta en un sentido ético, pues cada uno de los dos cónyuges se guardan la consideración y respeto debidos.”¹⁹

Es por ello, explica el modo esencial del matrimonio que no se sujeta a modalidades de condiciones o términos específicos, sino que establece la permanencia y la libre decisión de estar juntos recíprocamente, vinculándose la capacidad biológica y psicológica para obligarse a cumplir con la vida marital.

¹⁸ IGLESIAS, Juan. Op.Cit. Cita tomada de Inst.1,9,2 Justiniano.

¹⁹ Ibid., pág. 565

" La formación ética que expresa el matrimonio en la era postclásica, de constituir un consorcio perpetuo excluye de un modo absoluto la agregación de condiciones o términos."²⁰

La ausencia de estipulaciones de la unión conyugal, crea otra forma de vida, ya que el matrimonio ya no obliga a mantener relaciones maritales subordinando sexualmente a la mujer con el marido y con el sistema patriarcal, sino que se manifiesta la libre voluntad de los esposales de unirse formalmente como esposos.

En esta noción de las justas nupcias se caracterizaba esencialmente como una unión monogámica consensual entre un solo hombre y una sola mujer con la voluntad continua de realizar objetivamente el acto sexual, con la autorización legal de los paterfamilias, aún faltando la institución de la manus, pero seguía el predominio paternal.

"En este orden de pensamiento corresponde a la genuina y antigua doctrina romanista, donde prevalecía las características del sistema familiar paternal, sin embargo la base parte del matrimonio y luego la patria potestad, la razón de dicha inversión proviene de la influencia de sistemas de ideas propios del imperio cristiano."²¹

En la época Justiniana, con el surgimiento propio de las ideas de la religión cristiana, se le da mas importancia a la descendencia humana a través de la consumación del matrimonio, pues de esta forma, (además de crearse la inmortalidad material-

²⁰ BONFANTE, Pedro. Op.Cit. p.180

²¹ ABOUHAMAD Hobaica, Chibly. ANOTACIONES Y COMENTARIOS DE DERECHO ROMANO I, 3ª, edic, Jurídica Venezolana, Caracas 1978, pág. 382

humana) se produce la perpetuidad espiritual, por virtud de la procreación de hijos.

De los conceptos del matrimonio, aunado en sus diversas épocas, coinciden de alguna manera que es una institución civil en su carácter de origen religioso y de organización política en la familia romana, y en su esencia favorece a la unión carnal de dos seres de sexo opuesto, que ayuda a la perpetuación de la especie humana.

Estas cualidades opuestas que integran el matrimonio romano, entre un solo hombre y una sola mujer realizan finalidades de orden moral y social ya que es un hecho de la naturaleza, resultante de la vida conyugal, monogámica y de tipo armónico entre los esposos.

1.3 IUSTIAE NUPTIAE .

En la época postclásica ya se le daba el nombre de justas nupcias a la unión monogámica entre un hombre y una mujer impuestas por las estrictas normas del principio paterno, elevando de esta forma a la categoría ética y jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio de un complejo de relaciones jurídicas que constituyen el estado del matrimonio, creando un hecho social, pues la legalidad lo sustentaban los tutores, y la responsabilidad de mantener la convivencia sexual, a través del consentimiento recíproco, le competían a los cónyuges, surgiendo de este modo la voluntad continua y permanente de hacer vida en común, es así como se le daba la relación de deber-normativo en el estricto derecho romano, originando consecuencias constantes por la aplicación de situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial o marital.

" Esta forma de convivencia en las voluntades recíprocas de los cónyuges, el cual los romanos le llamarón affectio maritalis, que fue el fundamento importante para la realización de dicha unión carnal , que consistía en la intención de vivir como esposos, la mujer tomaba el nombre de uxor (*) y el hombre de vir (**)"²²

Este modo de consentimiento que manifestaban los consortes de mantenerse en comunidad de vida marital permanente era el primer elemento existente para la integración del matrimonio; pero para su subsistencia era necesario la obligación de mantener relaciones íntimas, es decir, cumplir con el objeto posible por el motivo por el cual se celebró las justas nupcias: llegar a la cópula carnal. De esta manera se llegaba al lazo nupcial que los unía jurídicamente a través de hechos de orden natural de los consortes sexualmente capaces sin coacción y ausencia de estados patológicos, es por ello que los deberes esenciales entre ellos era el derecho a la fidelidad y el de asistencia, provocando con ello un estado social y jurídico de las justas nupcias.

Es así cuando a finales de la República y a lo largo del Imperio aparece el segundo tipo de organización familiar: la familia cognaticia, en la que el criterio sirve de base para determinar el vínculo familiar a través del parentesco de sangre pues la situación de la mujer ya no estaba sujeta a la tutela perpetua del sexo que fue limitada en el derecho clásico; sino que la relación de esposos eran considerados en igualdad de

* mujer casada

** marido, esposo

²² D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO. T.II, traduc. F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia Garrido y J. Burillo. Edit. Aranzadi, Pamplona 1972, D.24, 1, 32.13

derechos ya sea por el aspecto sociocultural y psicosexual, que en este último se enumeraban requisitos prohibitivos a los cuales los futuros cónyuges no podían unirse en matrimonio al que los jurisconsultos les llamarán la falta del *connubium* (*).

Pues la primera norma fundamental, para la integración de las justas nupcias, se exigía el desarrollo biológico de los contrayentes, además de que fueran de distinto sexo, encontrándose en aptitud física o psicológica, es decir, que, sean púberos (**) alcanzando la etapa del desarrollo corporal, para realizar el objetivo del matrimonio: llegar a la cópula carnal (***); en caso contrario, si alguno de los dos no contaba con el requisito del *connubium*, ya sea en el aspecto biológico o psicológico, se consideraban nulas las justas nupcias, pues la ausencia principal del objeto del matrimonio resultaba inexistente, esto es, no se creaba la relación sexual entre los cónyuges para la procreación.

En la época Justiniana nos muestran situaciones a las personas que se les impedían contraer enlace nupcial. Estas eran aquellas reconocidas socialmente, pero adolecían de alguna función fisiológica que les impedían copular para poder procrear hijos.

" En la figura del matrimonio existían algunos impedimentos, tal es el caso de la capacidad natural. Que no podían contraer matrimonio los impúberos, es decir, los varones y las mujeres cuya edad respectivamente oscilaban entre los catorce

* Aptitud permanente, biológico, psicológico y jurídico y social para poder realizar el derecho a las justas nupcias

** Epoca de la vida en que se manifiesta la aptitud para la reproducción

*** Relaciones íntimas o sexuales para la procreación

y los doce años, tampoco los eunucos, según el derecho Justiniano." ²³

Tanto en el hombre como en la mujer, el derecho romano estipulaba la edad mínima para celebrar las justas nupcias, descubriendo en los esponsales algunos cambios en su desarrollo corporal, esto es que hayan crecido sanos que era una de las garantías esenciales para poder consumir el matrimonio. De tal manera estaban frente a un estado de derecho que se amparaban con acontecimientos de hechos sucesivos maritalmente.

" La edad como requisito indispensable en el matrimonio crea una circunstancia modificativa en la potestad jurídica: donde prevalece la pubertad, que como consecuencia se obtiene la capacidad de procreación que es el fin específico del matrimonio justo, de que los cónyuges sean sexualmente capaces. Es por ello que se determinó la edad mínima de doce años para la hembra y catorce para el varón." ²⁴

Otras cuestiones que se estipulaban para prohibir las justas nupcias por motivos eugénicos, eran aquellos que estaban enlazados a través del parentesco del vínculo sanguíneo, reglamentados a partir del derecho antiguo; aproximadamente desde el año 130 a. de J.C. " Estos impedimentos por razón del parentesco fueron siempre relativos, puesto que solamente afectan a las personas que son parientes entre sí, en línea recta se prohíben los matrimonios entre parientes hasta lo infinito, y esta regla considerada del Jus gentium (en su acepción filosófica) jamás sufrió excepción alguna. No ocurrió lo mismo

²³ IGLESIAS, Juan Op.Cit. pág. 568, cita tomada del Digesto D.23,3,39. I.D.23,2,16.2

²⁴ ABOHUAMAD Hobaica, Chibly. Op.Cit. Pág.385

con el parentesco colateral, debido a diversas circunstancias históricas que hicieron variar el límite de los grados constitutivos, y así, desde la prohibición del matrimonio entre colaterales en sexto grado, se llegó a permitir la unión entre tío y sobrina. En Derecho Justiniano podían casarse los colaterales a partir del cuarto grado, inclusive."²⁵

Sin embargo entre los impedimentos relativos encontramos la ilicitud de contraer matrimonio que comprendía de manera tajante el castigo penal, con la figura jurídica del incesto quienes llegaban a realizar el objetivo del matrimonio, se les configuraba este delito, con la atenuante de dolo criminal:

" El liberto no puede casarse con su madre o hermana puesto que así fue introducido por la costumbre y no por las leyes. Porque si así fuera se dice que comete incesto que va contra el derecho natural."²⁶

Este delito subsistía, con aquellos que estaban ligados por parentesco consanguíneo, ya sea que hayan tenido relaciones maritales entre sí con conocimiento de esta circunstancia era clandestino, pues como consecuencia provocaba con sus descendientes procreados el anormal desarrollo psicosexual, como por ejemplo, la salud mental en el cuál el individuo carece de facultades propias para actuar deseando y entendiendo el alcance de sus acciones. Por lo tanto al desarrollar no iba favorecer a la constitución de un matrimonio, pues por la ausencia de salud psicológica, jamás llegaba a realizar el objeto de las nupcias.

²⁵ HERNÁNDEZ, Francisco, Tejero Jorge. LECCIONES DE DERECHO ROMANO, edit Universidad Complutense Madrid, Quinta edic. Madrid. 1989, pág. 291

²⁶ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II. Op. Cit. D. 23, 2, 8

También se establecían las prohibiciones entre los adoptados:

" Y si tales personas se hubieran unido entre sí, se dice que han contraído nupcias criminales e incestuosas, aún tratándose de la adopción, pues comenzaban a estar respectivamente en la situación de padre e hija adoptiva, no podían unirse en matrimonio aunque se disuelva la adopción, existe la misma prohibición."²⁷

Otro tipo de impedimento para celebrar las justas nupcias estipulaba en la relación de status social entre las clases sociales romanas, que en el sistema jurídico lo denominó también como la falta del *connubium*, que prevaleció durante la época Monárquica y la primera parte de la República en donde establecían que los cónyuges fueran de origen patricio, pero al igualarse las clases sociales, se permitió a los plebeyos el derecho al *connubium* por decreto de la ley *Canuleia* concediendo el matrimonio justo entre ellos.

" La antigua prohibición de contraer matrimonio entre patricios y plebeyos fue abolida por la ley *Canuleia* del año 445a.C. la legislación matrimonial de Augusto establece otras prohibiciones de carácter social, para evitar el matrimonio entre personas desiguales y preservar el rango senatorial. Los emperadores que le suceden añaden nuevas limitaciones , aunque conceden con generosidad el *connubium* (*)²⁸

Aparte de la primitiva prohibición del matrimonio entre patricios y plebeyos, puede citarse entre otras las uniones de

²⁷ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO. TOMO II. Op. Cit. D.23,2,17

* En la época imperial se concedía el *connubium* a las mujeres de los veteranos que adquiría la ciudadanía romana cuando se licenciaban

²⁸ GARCIA, Garrido Manuel, Op.Cit. pág 729

ingenuos con libertas, hasta el tiempo de Augusto que limitó el impedimento a las nupcias de senadores y de sus descendientes con libertas, y posteriormente no se permitió a los senadores ni a sus hijos casarse con aquellas que fueran o hubieran sido actrices, hijos de actor o de actriz, o que ellas o sus padres hubiesen tenido una profesión deshonrosa.

El desempeño de algunos cargos públicos y jurídicos, constituyó otra base de impedimento. Pues en estos casos la ley consideraba las situaciones que se presentaban en la relación de poder jerárquico hacia la mujer, donde podría establecerse el dolo, la mala fe o el engaño, valiéndose del predominio sobre los demás; por lo tanto se impedía el elemento fundamental del matrimonio, que unía a los cónyuges: la voluntad inicial de convivir como esposos, y así no existía un poder sobre el otro, por la característica esencial que embestía las justas nupcias que era la igualdad frente al otro en la vida marital.

Es necesario señalar que los impedimentos legales provocaban la nulidad absoluta del matrimonio, y sobretodo los cometidos por el delito de incesto, por ejemplo aquel o aquellas que tomaban personas que por las leyes naturales y por las costumbres sociales, estaba totalmente prohibido celebrar las justas nupcias.

Otro requisito esencial para garantizar la legalidad a la formación del matrimonio (además de la voluntad de los cónyuges), era necesario el consentimiento de los paterfamilias de cada uno de los esponsales, ya que de ellos dependía la ratificación jurídica de la integración de la unión nupcial,

pues gozaban del reconocimiento en el máximo status social dentro de la gens.

Sin embargo, había casos, donde se estipulaba, la autorización del matrimonio con los abuelos o padres de los cónyuges, en casos de que el pater carecía de facultades mentales o bien, aquellos que sufrían temporalmente de lucidez.

Por estas circunstancias se consideraba que la facultad de decisión le competía el siguiente grado descendente paternal(tomando de base al máximo jefe de la gens, esto es al paterfamilias), como lo indica la jurisprudencia del Digesto:

" Si el nieto quiere contraer matrimonio estando su abuelo loco, es absolutamente necesario la autoridad del padre, pero si el loco es éste y el abuelo esta cuerdo, es suficiente el consentimiento del abuelo. El hijo del que cayó prisionero del enemigo, si su padre no vuelve en un plazo detres años, puede contraer matrimonio."²⁹

Sólo los máximos representantes de la domús (*) o familia gozaban de autoridad jurídica, y en casos especiales se tomaba en cuenta la voluntad del prometido. En esta época era obvio la parcialidad a favor del hombre y la subordinación de la mujer, desde antes de la celebración del matrimonio. Es así que en el matrimonio se le consideraba como justo y legítimo reconocido por la línea paternal.

La situación de la mujer para reconocerla como esposa tenía la obligación de habitar la casa del varón , en donde se

²⁹ D'ORS,Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II.Op.Cit.D.23,2,9

* Casa

consideraba el domicilio conyugal. Como nos lo indica el siguiente precepto del Digesto:

"La conducción de la mujer ha de hacerse a la casa del marido, en que se considera el domicilio del matrimonio."³⁰

Esta costumbre de llevar a la novia al domicilio del esposo tiene su antecedente en la época primitiva en donde figuraba la compra fingida de la mujer en la forma de emancipación que automáticamente se constituía como parentesco adoptivo en la familia del esposo.

Pero como las justas nupcias eran integradas por la voluntad continua, permanente y duradera del affectio maritalis, era necesario que la esposa haya vivido un año:

" Después de haber vivido un año en la casa del marido, la cónyuge queda sujeta a la manus del patriarca y se hace filiafamilias de su nueva familia. Esta forma de establecer el matrimonio era parecido a la institución del usus (*) que posteriormente se empleó para la adquisición de la propiedad y de otros derechos sobre las cosas como de la usucapión o adquisición mediante la posesión."³¹

En la época postclásica (año 230 al 527 de. De J.C.), la posición de la mujer todavía se empleaba como cambio de potestad jurídica, dándole también credibilidad legal con el consentimiento de su paterfamilias; sin embargo, en relación al

³⁰ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO. TOMO II, Op.Cit.D.23,2,5

* Usus. En sentido amplio, significa el uso de la cosa en relación al matrimonio, es una de las formas de cómo se puede adquirir la manus

³¹ BONFANTE, Pedro. Op.Cit. pág.154

esposo, cuando era emancipado podía casarse sin la autorización de su padre, como nos indica el siguiente precepto:

“ El hijo emancipado puede casarse sin permiso de su padre.”³²

Había otra excepción en donde se consideraba como legítimo el matrimonio sin la autorización de algún paterfamilias, en caso de una ausencia indefinida. Como nos lo indica el siguiente precepto jurisprudencial:

“ Cuando el padre ésta ausente y se ignora su existencia y paradero, se duda con razón que debe hacerse. Y si transcurren tres años ignorándose donde está y si vive, no se prohíbe que sus descendientes de ambos sexos contraigan matrimonio conforme a la ley.”³³

Con el surgimiento del culto cristiano era un hecho que el matrimonio tenía que celebrarse con la presencia del párroco mas cercano del domicilio de los contrayentes para darle mayor grado de credibilidad en la legitimidad de las justas nupcias, elevándolo a la calidad de sagrado.

“ El consentimiento necesario para contraer matrimonio los alieni iuris es, en principio, el de los padres en cuya potestad se hallan los novios, pero ya en la época pagana tiende a darse mayor relevancia al consentimiento de éstos, y el

³² D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II, Op..Cit. D.3.2.25

³³ Ibid.D.23,2,10.

cristianismo dio importancia decisiva a este consentimiento como fundamento de un vínculo indisoluble.”³⁴

Este modo procedimental de celebrar el matrimonio, en la etapa clásica tardía (aproximadamente desde el año 130 al 230 d. J.C. , en adelante) se hizo mas fácil distinguir las uniones legítimas y duraderas, con las uniones temporales de hecho o concubinato.

1.4 CONCUBINATO. (CONCUBINATUS)

Este tipo de unión nupcial, considerado como libre e ilegítimo, era llamado como concubinato, cuando un hombre y una mujer sui iuris (*) no deseaban contraer matrimonio a través de la poderosa institución de la manus, por lo tanto no solicitaban el consentimiento de los pater, ni del gobernador de la provincia, ni mucho menos del magistrado; este tipo de unión, a diferencia de las justas nupcias, los concubinos deseaban que su relación nupcial no fuera duradera, solo se establecía por la voluntad permanente y temporalde estar juntos.

“ Era una unión estable de carácter no matrimonial con una mujer de aquellas - con las que no se comete estupro según la ley Julia de adulteris, mujeres de baja condición por su conducta, por su rango social o por su situación jurídica.”³⁵

Fue durante la época postclásica (230 d. de J.C. en adelante) donde tuvo gran auge social esta figura del concubinato, pues con los innumerables requisitos que exigía el derecho romano e influenciada también con las ideas religiosas

³⁴ D'ORS, Alvaro. DERECHO PRIVADO ROMANO, Op. Cit, pág. 251

* Independiente de la manus del paterfamilias

³⁵ HERNÁNDEZ Francisco, Tejero Jorge. Op. Cit, pág. 298

para integrar las justas nupcias y que en algunos casos era imposible cumplir con los elementos esenciales, sobre todo en el aspecto socioeconómico, es decir, a lo que los juriconsultos arios le denominaron como la ausencia del *connubium*.

Es por ello que los prometidos preferían el matrimonio libre por el cual se le consideró esta clase de unión sin duración y de rango inferior, lícita pero ilegítima.

" Jurídicamente el concubinato era una institución de hecho meramente tolerada, pero absolutamente fuera de derecho en el mundo pagano del lado ético y afectivo y en los usos sociales no se confundía en absoluto con las uniones transitorias y voluptosas."³⁶

Esta figura del concubinato fue permitido sin ser una unión legal, pero reconocida como un hecho social, surge como consecuencia de la imposibilidad que existía en muchos casos para contraer matrimonio por ejemplo, cuando se prohibía contraer legítimo matrimonio con aquellas personas que desempeñaban un trabajo en donde aparecían públicamente, era considerado indigno para los romanos. Tales personas eran las siguientes:

" Como las prostitutas, las adúlteras, las artistas, los esclavos o los gladiadores , o quienes hayan ejecutado juegos públicos o cuyo padre o madre hubieran hecho esto, o las hijas de senadores quienes hayan lucrado con su cuerpo, o representado en juicio público."³⁷

³⁶ BONFANTE, Pedro. *Op.Cit.* pág. 197

³⁷ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO TOMO II, D.23,43.1 y D.25,7,3

Es por ello que tanto los libertos como los ingenuos preferían unirse en matrimonio libre.

Sin embargo, estaba autorizado (social y jurídicamente) el vínculo nupcial, de los hijos bastardos de las siguientes mujeres, con los libertos.

" Los hijos habidos de una esclava, o la hija de una esclava, de una liberta o de la hija de una liberta, de una comedianta o de la hija de una comedianta, de una bodegonera o de la hija de una bodegonera, o de una mujer de baja condición, o abyecta, o de la hija de una alcahueta o de un gladiador, o de la que públicamente estuvo al frente del comercio."³⁸

De la unión conyugal del concubinato, que también se establecía una relación marital de dos personas de distinto sexo, al igual como en las justas nupcias era prohibitivo e ilícito contraer relaciones íntimas con aquellas personas que tienen nexos sanguíneos entre sí, establecido por el de-recho civil romano:

A) El parentesco en línea recta ascendente y descendente sin limitación de grado.

B) El parentesco en línea colateral.

Para la integración de esta clase de matrimonios gozaban de las mismas características que las justas nupcias, como eran las siguientes:

³⁸ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO. TOMO II, Op. Cit. D.23,2,44; D.23,2,43.8 y D.23,2,43.7

Que de dicho vínculo se requería que tanto el hombre como la mujer fueran púberes, esto es, que sean sexualmente capaces para poder llegar a la cópula carnal.

Por ejemplo no podían unirse en concubinato, los eunucos, o aquellos que hayan celebrado nupcias legítimas, toda vez que este tipo de enlace también se le consideraba monogámico, pero injusto, por la baja jerarquía de status social que estipulaba esta institución, además de que la mujer se le daba el nombre de concubina (en cambio con las que se celebraba las justas nupcias se le nombraba uxor (*), por lo tanto, no gozaba de un lugar propio jurídico en la familia de su concubino.

" No entraba en la gens de su marido, no gozaba de la dignidad ni del rango social de su esposo. Los hijos seguían la posición social de la madre, se decir, se le consideraba ilegítimos."³⁹

De igual manera, se les llamó hijos naturales, impuros o bastardos, debido a la baja posición social de la mujer y además el lugar de status en que se encontraba; ya sea por el oficio que desempeñaba y la pobreza de su situación jurídica, a diferencia de las demás (ingenuas), no obtenía el reconocimiento público en relación a la estirpe del varón (o su pareja).

Esta figura del concubinato no constituía la fuente de la patria potestad, los hijos no eran agnados del padre sino cognados de la madre. Pero a finales de la república, con las disposiciones de los emperadores cristianos se dictaminaron diversas medidas tendientes a mejorar la condición social de los

³⁹ VOLTERRA, Eduardo. Op.Cit. pág. 665

descendientes, ya que al igual que las justas nupcias, era también una unión monogámica de vida marital, que como consecuencia provocaba la procreación de hijos.

" Debido a dicha unión y la descendencia que causaban los concubinos, el emperador Constantino ofreció a estos legalizar el reconocimiento de los hijos con el cambio procedimental de un matrimonio legítimo."⁴⁰

Solo se les empezaba a considerar como esposos a aquellos que demostraban haber procreado hijos como consecuencia de su relación nupcial, obteniendo el mismo sentido de las justas nupcias. Debido a esta situación, era ya un antecedente común, para integrarla como argumento, transformando al concubinato como matrimonio jurídico.

" Finalmente con Justiniano le extiende al concubinato los mismos requisitos para el matrimonio, determinando la obligación de dar alimentos, conserva la disposición de legitimación por matrimonio subsecuente y concede a la concubina algunos derechos sucesorios."⁴¹

Por estas situaciones los emperadores cristianos determinaron la opción de autenticar el concubinato por el matrimonio justo.

Sin embargo, como la iglesia consideró pecaminosa toda relación ilegítima adoptando una actitud hostil frente al concubinato, que logró desaparecerlo en el siglo XII en el

⁴⁰ PETIT, Eugene. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, traduc. Por Fernández González, edit. época S.A. 1978, 9ª edic, pág. 104

⁴¹ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO. TOMO II. Op. Cit. D.25,7,3

Occidente. Fue así como dejó de subsistir como una institución tolerada por el derecho romano.⁴²

Es así como el concubinato fue visto como una unión monogámica, socialmente aceptada por los romanos, como también surgió de un hecho de orden natural que no constituía ninguna deshonra y sobretodo que fue reconocido jurídicamente en la época Justiniana.

" Pues el concubinato era la relación estable con mujeres de baja condición o de cualquier rango social, ingenua o liberta, con las que no se deseaba contraer matrimonio." (43)⁴³

Finalmente fue desaparecida, con las ideas dogmáticas del cristianismo, en la religión católica, por el morbo con que ésta la veía, además de que los padres de la iglesia condenaban abiertamente las uniones libres; y en la época del bajo imperio se dan diversas normas, limitando las disposiciones en favor de la concubina y sus hijos.

1.6 MATRIMONIO SINE CONNUBIO.

Denominado como matrimonio injusto, porque a diferencia de las justas nupcias, no gozaban del reconocimiento oficial del connubium, es decir, la capacidad jurídicamente social estipulado por el derecho civil; pero de la misma forma era integrada entre un hombre y una mujer.

Esta manera de unión entre personas de distinto sexo, era regulada por el derecho de gentes:

⁴² BONFANTE, Pedro. *Op.Cit.* pág. 199

⁴³ HERNÁNDEZ Francisco, Tejero Jorge. *Op.Cit.* pág. 298

“ Que establecía las relaciones matrimoniales entre ciudadanos romanos y peregrinos a estos entre sí. Era considerado inferior a las justas nupcias pero superior el concubinató.”⁴⁴

Este tipo de matrimonio no se le consideraba legítimo pues alguno de los cónyuges o los dos, no eran ciudadanos romanos, y por lo tanto no gozaban del rango o status rei romanae (*) reconocido por el derecho civil romano, por lo tanto la mujer no obtenía el rango social del marido.

“ En cuanto a los efectos jurídicos del marido, este no podía obtener la patria potestad sobre sus hijos quienes nacían sui iuris, guardando éstos un parentesco natural o cognaticio entre el hijo, la madre y los parientes maternos, quedando el hijo en calidad de peregrino, por la ley Minicia.”⁴⁵

La ley Minicia de fecha desconocida determinaba que si cualquiera de uno de los esposos tenía la calidad de peregrino, el hijo o los hijos procreados serían considerados como peregrinos, pues los hijos seguían la condición social del cónyuge no ciudadano.

Sin embargo, había dos casos especiales para transformar el matrimonio sine connubio en justas nupcias, el cual significaba que su matrimonio dependía de las leyes romanas y era legítimo. Estas eran las siguientes:

⁴⁴ DI PIETRO, Alfredo. DERECHO PRIVADO ROMANO, edit. Depalma 1996, pág. 330

* status civitates. Condición legal que consiste en ser ciudadano romano

⁴⁵ MORINEAU Iduarte, Marta y Román Iglesias González. Op.Cit. pág. 98

La primera, que el matrimonio celebrado era legal y originariamente se había celebrado en presencia de siete testigos romanos, por lo tanto ascendía la calidad de *iustae nuptiae*; este tipo de procedimiento era llamado " *causae probatio* (*)".

" Que consistía en probar ante el magistrado que se celebró matrimonio legítimo romano en presencia de siete testigos, acreditados como ciudadanos romanos siendo púberes, con el objeto de tener hijos y que de dicha unión tenían que demostrar (como ejemplo) que habían procreado un hijo y que en ese momento era mayor de un año."⁴⁶

El otro procedimiento era comprobar que por una causa equivocada, habían celebrado justas nupcias creyendo que una de las dos personas gozaban de capacidad socialmente reconocida por el derecho romano.

" Este sistema era llamado *erroris causae probatio* (**) se tenía que probar ante el magistrado que se había celebrado el matrimonio de buena fe, con la creencia equivocada que una de las dos personas disfrutaban del *connubium*, demostrando también ante este funcionario que de esa unión habían procreado un hijo. Por lo tanto esa unión se convertía en matrimonio legítimo romano."⁴⁷

El sistema jurídico romano, tuvo diferentes formas de convertir el matrimonio injusto en legítimo, lo esencial de ello era que de dicha unión existiera un vínculo conyugal de carácter

* Probar la causa o el hecho

⁴⁶ PETIT, Eugne *Op.Cit.* pág. 112

** Probar la causa por un error o mal entendido

⁴⁷ *Ibid.* pág. 112

marital, con la disposición de engendrar hijos para posteriormente reconocerlos como legítimos ciudadanos romanos.

1.7 EL CONTUBERNIO.

Se llamaba así a la unión sexual entre esclavos de distinto sexo, o entre una persona libre y un esclavo, era un simple hecho de orden natural pero que no fue reconocido por el derecho civil de los romanos, pues en sus leyes expresaban que los esclavos se les consideraban como objetos y por lo tanto no gozaban de personalidad jurídica, solamente estaban al servicio del patrón.

" Este tipo de matrimonio se frecuentaba como materia de obligaciones, pactando dicha relación con el consentimiento de los respectivos patrones, pues dentro de este tipo de unión sexual que se daba entre los esclavos, entraba el régimen de deudas y créditos que se producía entre amos de estos, y el objeto de la obligación era que entre los esclavos se unieran sexualmente con el fin de procrear descendientes o mas servidumbre en favor del acreedor o del convenio establecido entre dichos patrones."⁴⁸

El contubernio no se le consideraba como matrimonio, mas bien como forma de mantener la relación marital entre los esclavos es decir, la voluntad forzosa de unirse maritalmente, era obligada por el patrón, por lo tanto era manifestado como una inversión, reproduciendo de este modo grandes familias seviles.

⁴⁸ ARANGIO Ruiz, Vincenzo, INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO, edit. Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 520

" También se le llamaba contubernio por la relación de unión sexual entre el patrón y una esclava, provocando con ello la procreación de hijos, siguiendo estos la condición jurídica de la madre."⁴⁹

En este tipo de uniones, la condición de la mujer solo era considerada como objeto de servicio para procreación sobre todo, entre las esclavas, su situación de ellas fue precaria, es decir, no gozaban jamás de un derecho a excepción de sus hijos que eran considerados suyos durante la edad de la lactancia.

" Durante mucho tiempo el derecho natural de los romanos no reconoció parentesco sanguíneo entre los esclavos, fue posteriormente en el inicio del imperio admitiéndose una especie de cognación (*) servilis, entre el padre, la madre y los hijos por una parte y por otra los hermanos y hermanas. Esta cognatio tenía por objeto impedir entre personas hechas libres por manumisión, matrimonios que hubiesen sido muy contrarios a las leyes naturales y a la moral." (50)⁵⁰

⁴⁹ ARANGIO Ruíz, Vincenzo. Op.Cit. Pág. 520.

* Es el parentesco fundado en los vínculos de sangre, son los descendientes de un tronco común sin distinción de sexos.

⁵⁰ PETIT, Eugene. Op.Cit. pág. 112

II. PATRIMONIO EN EL MATRIMONIO ROMANO

2.1 CONCEPTO DE PATRIMONIO FAMILIAR ROMANO

El origen del patrimonio, surge a partir de la era antigua religiosa, cuando cada stirpe (prescindida por un jefe) gozaban de su hogar, creencias entrelazadas con sus antepasados, donde los dioses solo eran adorados por los miembros de las gens; porque de esta manera protegían el culto de la integridad familiar, así como sus posesiones (*), que constituían el suelo, las divinidades que por deber y por religión permanecían agrupadas alrededor del altar. Sus funciones estaban ligadas al hogar que se establece en una casa manifestándose como recinto sagrado.

Es así como se empezó a iniciar el derecho de propiedad privada, " que era una institución de que no podían excluir la religión doméstica, prescribiendo que la domús (**) estuviese fija en el terreno; la tierra ha quedado, en cierto sentido imbuída y penetrada por el templo de la morada y de los antepasados."⁵¹

Aunado a lo anterior, el dominio en una sola persona sobre los miembros y bienes, principia a través de la religión primitiva, en el cuál se designó al varón la potestad de hacer sacrificios al hogar, (como rendirle culto a los muertos de los ascendientes en la línea masculina) por lo tanto, esta tradición y el poder absoluto se heredaba de padre a hijo. Por esta situación, los máximos representantes de la gens, se les llamó

* E el ordenamiento jurídico: es el poder de hecho o retención fáctica que se ejercita sobre una cosa corporal. con voluntad de tenerla sí con exclusividad e independencia, este o no tal poder de hecho fundado en un derecho.

** casa

⁵¹ FUSTEL de Coulanges. Op.Cit.pág.42

paterfamilias, quienes gozaban del dominio absoluto sobre las personas que estaban bajo su tutela, así como los objetos o cosas; a él se le atribuía la integración del patrimonio familiar romano.

" No hay definición de patrimonio familiar, en las fuentes romanas, sin embargo (en cuanto a su concepto) se puede afirmar que el derecho de propiedad o dominio, en el pensamiento jurídico romano, existe cierta identidad entre objeto y propiedad. Es por ello que los romanos indicaron la permanencia exclusiva de una cosa con la frase: res mea et (*)".⁵²

Esta noción de propiedad familiar, se le determinó a una sola persona (varón) que gozaba de capacidad jurídica que le concedía el derecho civil de los romanos, de allí, " que el patrimonio deriva de la voz patrimonium que significa lo recibido del padre o pater."⁵³

Era el pater, entonces quien gozaba de los derechos patrimoniales absolutos que tenían como característica esencial la de ser aptos para satisfacer las necesidades económicas, y a la vez ser valorables en base a un común denominador de los valores económicos que es el dinero, que al igual integraban a la categoría de derechos reales y de crédito.

" Así como el derecho de señorío del pater sobre las personas sometidas a su potestad derivan las normas que constituyen el fundamento del derecho de familia clásico; así también del señorío del pater sobre las cosas que constituyen la

* La cosa es más

⁵² TOPACIO Ferreti, Aldo. DERECHO ROMANO PATRIMONIAL, 1º. Edic. 1992, edit, Universidad Nacional Autónoma de México. Pág.31

⁵³ MATEOS M, Agfustín. COMPENDIO DE ETIMOLOGIAS GRECOLATINAS DEL ESPAÑOL, 8º Edic. 1974. Edit. Esfinge. pág.94

sede y la base económica del grupo familiar parece haberse derivado en Roma, el régimen de patrimonio familiar.”⁵⁴

Por lo tanto, este sistema patrimonial es interpretable al sentido tradicional de la distribución de la carga a los pilares de la familia, que es el máximo jefe de la gens, el pater o padre, es quien representa a un solo sujeto manifestando su personalidad al patrimonio (pater) como una unidad totalitaria de todos los bienes aportados por miembros de su tribú.

“ En el derecho clásico el bien familiar, constituyó un ente o universalidad jurídica tutelado por la ley que se integraba por todos los bienes, créditos, derechos y acciones de que fuera titular una persona con deducción de los derechos y cargas que gravaran.”⁵⁵

Debido a estas circunstancias dejaban de ser transferidos de generación en generación en la línea masculina, como propiedad de la familia o mas propiamente de su jefe o pater.

Es por ello que Abouhamad, nos comenta: Que el conepito designa los derechos y cargas que tiene un individuo, tanto en los derechos reales como personales que constituyen el patrimonio de la persona.”⁵⁶

Concibe el patrimonio como una universalidad jurídica de los derechos de un individuo, bajo la relación de un valor pecuniario y económico, formando una totalidad jurídica.

⁵⁴ PIETRO DE BARON, Francisci. *Op.Cit* pág.159

⁵⁵ ARGUELLO, Luis Rodolfo, *DERECHO ROMANO*, (Historia e instituciones) 3º, edic. Astrea, Buenos Aires, 1990. pág. 196

⁵⁶ ABOUHAMAD Hobaica, Chibly. *Op.Cit* pág. 496

Esta unidad de bienes que representa un solo individuo que tiene su origen en la soberanía del paterfamilias; a pesar de que este tipo de régimen, tenía influencia jurídica en la institución del matrimonio, que posteriormente en la era clásica, los cónyuges deseaban contraer justas nupcias sin la poderosa institución de la manus, aportando sus bienes individualmente, con el fin de satisfacer las necesidades de la futura familia, es decir, cimentar un solo patrimonio para soportar las cargas económicas que como consecuencia impone una unión conyugal económicamente activa.

En el mismo sentido, D'ors nos explica: " Que el patrimonio familiar en la antigua jurídica romana se basa en las relaciones entre cónyuges por el principio de la universalidad de este tipo de patrimonio regido por la suprema autoridad del paterfamilias."⁵⁷

Aunado a la tradición que representa un titular en el patrimonio, surge de allí mismo, en el matrimonio el responsable jurídico de llevar la libre administración de los bienes, esto es, el varón (esposo) del vínculo conyugal en quien recae la obligación del capital; tanto sus descendientes como los matrimonios habidos bajo su tutela, se colocaban en situación de status inferior al pater, excluyendo a los cónyuges del ejercicio de las funciones patrimoniales y por naturaleza patriarcal de la domus se hallaban privados de todo poder familiar.

⁵⁷ D'ORS, Alvaro. DERECHO PRIVADO ROMANO, Op.Cit.pág. 740

" El patrimonio, por lo tanto era intrasmisible en vida de su titular, dado el carácter incedible de la persona y de la personalidad. La transmisión del patrimonio solo era susceptible por causa de muerte."⁵⁸

Dadas las circunstancias del desarrollo histórico-jurídico patrimonial familiar romano, en sus diferentes etapas, el concepto surge de la siguiente manera:

Es la unidad de bienes que representan la personalidad de una institución nupcial monogámica a través de un titular en ejercicio de sus derechos jurídicos con el fin de solventar los gastos económicos de las justas nupcias.

2.1 DONATIO PROPTER NUPTIAS

Como tal figura jurídica toma importancia a partir de la época postclásica, donde se le consideraba como una especie de contradote, destinado a soportar las cargas económicas de la relación nupcial.

" La única cuestión jurídica que se trataba de resolver era la de determinar cuales eran estos bienes que la mujer introducía en el domicilio conyugal."⁵⁹

Estas liberalidades esponsalicias eran entregados antes del enlace monogámico, proyectándose efectos sobre aquellos bienes que a título de donación recibían los futuros esposos ya

⁵⁸ ABOUHAMAD Hobaica, Chibly. Op.Cit

⁵⁹ GARCIA Garrido, J. Manuel. Op.Cit.pág.749

sea por un tercero ajeno. Como lo vemos en los siguientes ejemplos del cuerpo del derecho romano:

" Cuando un tercero extraño donaba al padre de la prometida una cantidad considerable para que la diese en nombre de su hija; o cuando se obligaba al padre de constuir dote a favor de su hija en razón del matrimonio; al igual la madre de la hija, o una persona de dote de una persona en común."⁶⁰

Este tipo de liberalidades que entregaban aquellas personas ajenas al nuevo matrimonio eran estipuladas como donaciones perfeccionadas , pues eran dadas a través de la voluntad y ante la autoridad judicial, condicionadas a la realización del vinculo nupcial sujetándose a un régimen especial, esto es, que los obsequios de bienes patrimoniales no podían enajenarlos, arrendarlos, muchos menos venderlos, porque eran parte de la solidaridad patrimonial, además que estaban económicamente enlazados para proporcionar el sustento económico del matrimonio.

De igual manera, se estipulaban estos actos de enajenación (liberalidades) que a título gratuito hace uno de los futuros consortes (en este caso el varón) al otro en consideración al matrimonio:

"Las donaciones nupciales del novio venían a ser prácticamente una manera de dotar a su prometida, adjudicándole,por tanto como si se tratase de dote una cantidad

⁶⁰ D'ORS,Alvaro.EL DIGESTO DE JUSTINIANO,TOMO II,Op.Cit.D.23,3,5.9;D.23,3,5.1 :D.23,3,34 y D.23,3,4

de bienes, que pasaban a ser suyos propios al disolverse el matrimonio.”⁶¹

De la misma manera, su perfección dependían del cumplimiento de la condición, esto es: la celebración del matrimonio, es por ello, esta clase de bienes donados eran llamados como donatio propter nuptias (donaciones por causa de nupcias), porque este tipo de régimen presupone la existencia actual de una unión de las justas nupcias legítimas, sin embargo una vez cumplida la obligación condicional, estos bienes eran pertenecientes a la familia conyugal, es decir, funcionaba como garantía de los hijos habidos durante el matrimonio, además de que estos bienes patrimoniales eran representados jurídicamente por el marido, pues una gran parte de esos bienes le pertenecían al esposo. Como lo cita el siguiente precepto romano:

“ Estos bienes permanecían en el patrimonio del donante pero llegaban a ser inenajenables y no podían hipotecarse; con el fin de garantizar a la mujer la conservación de las cosas donadas.”⁶²

Al mismo tiempo, estas liberalidades eran consideradas como fondo de reserva o ahorro para la mujer, en caso de viudez o disolución del matrimonio ya que al exigirse su restitución en la separación de los cónyuges, si ella resultaba inocente era condonada al pago de esta donación nupcial, es decir, la parte correspondiente de bienes inmuebles que le hayan pertenecido por derecho al marido en la institución del matrimonio.

⁶¹ SHOM, Rodolfo, *Op. Cit.* pág. 293

⁶² D'ORS, Alvaro EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II. *Op. Cit.* D. 23, 3, 7 en relación al D. 23, 3, 19

Es por ello, que también eran permitidas como donaciones las propiedades; que en ningún momento fueran utilizadas con fines de lucro, por lo tanto se prohibía venderlos o hipotecarlos, pues eran pertenecientes al patrimonio conyugal ya que estaban referidas a título de obligación matrimonial, es decir, estaban condicionadas a utilizarlas exclusivamente a la manutención de los esposos. Por ejemplo: el habitar en una morada conyugal hecha por el donante (prometido) para él y su esposa.

Este tipo de donaciones antes de las nupcias, era en la mujer en quien recaía el deber de salvaguardar los obsequios hechos, ya sea por el marido, parientes o extraños. Posteriormente el esposo era el obligado para administrar y velar por los intereses del matrimonio, fungiendo como el titular del patrimonio familiar, de estas donaciones prometidas por el novio hacia su compañera, pues al aceptarlas, la novia se obligaba de este modo a cumplir con los vínculos de la liberalidad esponsalicia.

Pero para distinguir esta clase de liberalidades era necesario que dicha donación del prometido lo haya hecho en la casa donde la mujer se encontraba bajo la potestad del jefe de la gens, siendo que es solamente su prometida.

" Las donaciones hechas por el marido eran dadas en razón del matrimonio, en caso de no efectuarse al matrimonio, las reclamaba por la condición."⁶³

Esta forma extraña de avalar un compromiso nupcial, por parte del novio, condicionada a la celebración de las justas nupcias, sosteniendo con ello su promesa y a la vez obligando a

⁶³ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II, Op.Cit.D.23,3.9

sus parientes o a la mujer a cumplir con el compromiso matrimonial, garantizando con ello la celebración de la boda y estructurando a la vez el futuro patrimonio familiar.

Previo a estas características, esta institución cuyo origen remoto puede verse probablemente en el uso de la compra.

" Estas donaciones en razón del matrimonio es como una atribución patrimonial por parte del marido (o su pater) a la mujer, pero con la misma finalidad principal que la dote, a saber: crear un capital provisional en su favor, de que pudiese vivir después del matrimonio. Su constitución esta sujeta bajo la condición de celebrarse el matrimonio"⁶⁴

Esta figura jurídica (donatio propter nuptias), eran establecidos como pactos o convenios para asentar las bases de una comunidad de bienes entre los cónyuges en vista de las exigencias económicas del matrimonio; además de que era exigido por la costumbre y por el honor.

Por lo tanto estas formas de liberalidades esponsalicias, que estaban estipuladas bajo título de donación, podían ser reclamadas solamente que por algún motivo no se celebrase el matrimonio. Por ejemplo:

" Cuando alguno de los dos prometidos, hayan tenido algún accidente en contra de su voluntad, y con esto se hubiera imposibilitado el matrimonio; en este caso, las cosas donadas quedaban en poder de quien las había dado, o de sus herederos más próximos (en línea recta ascendente o descente)."⁶⁵

⁶⁴ GUZMÁN Brito, Alejandro. DERECHO PRIVADO ROMANO, TOMO II, edit, Jurídica de Chile, 1° edic. pág. 647

⁶⁵ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II. Op. Cit. D.23,3,9.1

“ O por culpa del novio o su paters, no consintieran que el hijo se case; y la liberalidad esponsalicia ya haya sido entregada, estos quedaban en poder de la prometida aún cuando alguna cosa haya quedado en poder del donante, era trasferida a la novia.”⁶⁶

“ O en el caso de que la desposada diere motivo para que no se celebre el matrimonio, en este caso se devolvían las cosas donadas al pretendiente y a sus herederos, sin disminución alguna.”⁶⁷

Por lo tanto, en este derecho tenía diversas maneras de reclamar la condición no cumplida, a través de las siguientes acciones: la acción de lo estipulado, la restitución de las cosas donadas y la excepción de dolo (acción contra actos fraudulentos simulados por la condición nupcial).

2.3 REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

En el transcurso de sus diferentes épocas jurídicas del sistema romano, tuvo diversas formas, modos y momentos de adquirir bienes para el vínculo nupcial. Su función era establecido para garantizar las necesidades básicas y económicas para el sustento de la institución matrimonial; todo bajo el estricto derecho romano.

Desde la época antigua, las nupcias se estipularon severamente con la organización de la manus, donde la mujer era solicitada a otra familia muy diferente de su estirpe, sin embargo,

⁶⁶ D.ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II. Op. Cit. D 23,3,7,3

⁶⁷ Ibid. .D.23,3,8

no garantizaba aportar un patrimonio propio, ya que ella al integrarse a otra gens, era considerada como hija y su aportación como hembra era condicionada a procrear descendientes a favor de su marido, en caso contrario era vendida como esclava.

Posteriormente con la nueva figura jurídica de la compraventa de la mujer; ella seguía siendo considerada como instrumento de procreación, por lo tanto, el sistema patrimonial era perteneciente al paterfamilias del varón (*alieni iuris*), ya que era comprada con valor monetario, a pesar de ello, la esposa no gozaba aún del patrimonio del marido, mucho menos la de ella, este tipo de régimen prevalecía como de sumisión patrimonial.

No obstante, conforme afloraba la institución nupcial en la manus del varón o del pater, la compraventa solo prevaleció como una ceremonia ficticia, y es cuando el tutor o el pater original de la mujer le entregaba al nuevo titular de la gens una pequeña aportación económica perteneciente a su hija o nieta, como si fuera una indemnización de los servicios domésticos que dedicó en la tribu de sus padres.

" A pesar de ello, la mujer tenía una función importante dentro de la domus, solo a la esposa se le consideraba como materfamilias (del jefe máximo de la gens), pues al integrarse a la familia del marido aportaba un patrimonio más o menos cuantioso a través de la dote (dote profecticia*) en el cual su paterfamilias, que inicialmente estaba a cargo de ella, le entregaba al nuevo cabeza de familia una aportación de manera

* Dote por el padre

definitiva (como si fuera una parte que le correspondiera a la mujer de una herencia).“⁶⁸

Esta forma de dotar a la mujer, como una herencia que le perteneciera por derecho, tuvo su importancia en la época postclásica, cuando el matrimonio justo era reconocido como institución jurídica y social (toda vez que ella era reconocida como hembra de procreación, no como sujeto de derecho), mientras que en la época primitiva, imperaba la existencia de la costumbre de unir en matrimonio a dos miembros de diferente sexo (alieni iuris), pero de distinta gens, no solo convenía el vínculo sexual entre un hombre y una mujer, sino que también los paters, regulaban la situación legal y económica de los esposos, dentro de la institución de la manus.

“ Los paterfamilias en representación de la familia, cosntituían el órgano elemental, siendo sujetos de derechos así también únicamente eran los titulares de un patrimonio en la doble esfera de relaciones que comprenden: los derechos reales y las obligaciones, que implican las propiedades absolutas de las cosas.“⁶⁹

Los máximos representantes de la gens, gozaban de facultad jurídica sobre los bienes de toda su estirpe incluyendo los matrimonios habidos bajo la soberanía. Al igual tenía obligaciones y derechos sobre todas las propiedades, siendo que podían ser sujetos activos o pasivos en las pres-taciones de valor económico.

⁶⁸ D'ORS, Alvaro. DERECHO PRIVADO ROMANO. Op.Cit.pág. 741

⁶⁹ ACOSTA, Emilio. HISTORIA DE DERECHO ROMANO PUBLICO Y PRIVADO, traduc. Italiana por Manuel Reventos y Noguera, Madrid, España, edit. Reus, 1930, pág. 280

" Este tipo de régimen es manifestado como un sistema de absorción de bienes, pues en el matrimonio que iba acompañado de la manus, pasaba a engrosar el patrimonio del pater, de igual modo le pertenecían al marido los bienes que por cualquier título adquiriría la mujer durante la relación conyugal, bajo todos los aspectos. La uxor manus (*) tenía la consideración de una filia (**)"⁷⁰

Este sistema de filtración de los bienes en la manus del paterfamilias, que prevalecía entre los cónyuges, la responsabilidad absoluta al jefe de la gens, quien velaba por los intereses de los matrimonios habidos bajo su soberanía; además, que el patrimonio era exclusivamente de él, integrándolo como único de todos los bienes aportados de distintas formas.

A pesar de ello, también había diferentes formas de utilizar algunos bienes determinados dentro del matrimonio para el uso doméstico:

" Por ejemplo, cuando el paterfamilias disponía libremente de atribuir a la esposa o a su filia determinados bienes para su empleo o aprovechamiento, algo común propio de la época era los esclavos que integraban parte de la dote profecticia (***) y que además se le atribuía como bienes."⁷¹

Al llegar la era clásica, las relaciones jurídicas y económicas vinculadas el aspecto nupcial. Surgen otras formas de establecer las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, esto

* La esposa dentro de la institución soberana de los paterfamilias

** hija jurídica desposada por el hijo del soberano

⁷⁰ IGLESIAS, Juan. Op.Cit.pág. 548

*** Es aquél que constituía el pater o el padre de la hija emancipada

⁷¹ D'ORS, Alvaro. EL DERECHO PRIVADO ROMANO.Op.Cit.pág. 741

es, que ellos ya no deseaban celebrar matrimonio con la poderosa institución de la manus, solamente deseaban unirse libremente y de manera temporal; aportando así de manera individual sus respectivos bienes.

" Estas personas que deseaban contraer matrimonio eran sui iuris, pues la propiedad de los bienes aportados por cada uno de los cónyuges seguían siendo suyos; así como los adquiridos durante su estancia en la institución, que bien podrían haberlos obtenido ya sea por herencia, legados, donaciones, o por su propio trabajo, etc., tales bienes eran administrados por la propia mujer y por el marido."⁷²

Tanto el hombre como la mujer contribuían de manera individual al sostenimiento de las necesidades del hogar conyugal, no perdiendo con ello su independencia económica, es decir, los cónyuges seguían siendo propietarios de los bienes, aún los que adquirirían después de haber contraído el matrimonio libre; al igual ocurría respecto de los créditos o deudas, el marido no respondía por las obligaciones de su mujer, ni ésta por las de su esposo.

De acuerdo a estas características de los cónyuges, siendo que su voluntad de unirse en matrimonio eran independiente de los paters, y la forma en que cada uno conserva la propiedad y la libre administración de sus propios bienes corresponden a la estructura del concubinato. De esta manera quedaba constituido el régimen de separación de bienes, pues los concubininos conservaban el dominio pleno de sus propios bienes y el goce y disfrute de los mismos, de los cuales quedaban excluido cada uno de ellos,

⁷² IGLESIAS, Juan. Op.Cit. pág. 584

quienes tampoco participaban en los frutos o rendimientos que ellos producía de manera individual.

Otro tipo de régimen de bienes en el matrimonio, aparece en la época postclásica, donde la relación conyugal ya se estipulaba en las normas jurídicas romanas, por lo tanto, era una institución legal, asimismo, como creaba condiciones entre los cónyuges, también lo era en el aspecto patrimonial ya que iban vinculados por las necesidades de manutención o económicas que requería la situación de las justas nupcias, es decir, la posición de la mujer en el matrimonio ya no se le consideraba como un objeto de procreación, sino como la compañera de su cónyuge, por la voluntad continua y duradera de mantener el vínculo nupcial; por lo tanto se estableció el modo de donar a la esposa y el marido, por parte de sus respectivos paterfamilias, para garantizar la solvencia económica de los consortes. Estas figuras jurídicas eran llamadas donaciones por causa de nupcias o bienes dotales, que venían siendo las mismas liberalidades esponsalicias.

" Pues la donatio o propter nuptias era una figura simétrica a la dote, era una especie de dote al revés."⁷³

La forma de integrarlas, eran independientes, pues el fin que buscaban los paters, establecer la seguridad de los bienes patrimoniales en una sola institución que tenían como finalidad la protección económica de los esposos.

Por lo tanto estos bienes donados pertenecían a la institución del matrimonio; como en la antigüedad, el patrimonio

⁷³ MARGADANT, Guillermo. Op.Cit. Pág. 217

era único y universal, que posteriormente surgió como regla general, en donde los paterfamilias aportaban bienes dotales al nuevo matrimonio, y que al fusionarse todas las propiedades a través de los esposos, se convertía en un solo patrimonio conyugal, pero el representante legal seguía siendo una sola persona, correspondiendo la obligación jurídica al marido.

Asimismo estos inmuebles dados a título de donaciones esponsalicias no se permitía arrendarlos, enajenarlos e hipotecarlos, porque correspondían a la condición e integración del patrimonio nupcial, ya que eran aportados como una esfera capital no negociable. A pesar de ello, estos bienes se caracterizaba en la igualdad equitativa de los instrumentos dotales aportados por cada uno de los esposos:

“ Es obligatorio a la equidad absoluta respecto a la dote y la donación de antes de las nupcias, no solamente en cuanto a los lucros que de ellas hayan de provenir, sino también en cuanto a la prestación y a la constitución de ambas. Y además en cuanto al aumento, o no se haga una manera alguna, a fin de que ni aún de este modo se destruya la igualdad.” ⁷⁴

Era obvio, que las estipulaciones encontradas en este derecho, se respetaba la equidad económica entre los cónyuges, en donde se condicionaban pactos sobre las disposiciones de la devolución o retención de la dote, o entre las donaciones antes de las nupcias, guiándose por la regla general del derecho: la justicia en la igualdad.

⁷⁴ MARGADANT, Guillermo, Op.Cit.,pág. 217,cita tomada de N.97,1

Este régimen dotal, era establecido por una modalidad: la condición (*), en donde las promesas matrimoniales eran hechas a través de los instrumentos dotales, con relación a los bienes patrimoniales, previo a su perfección dependía de la celebración de las justas nupcias.

2.4 CONVENIO CUM MANU

Es el régimen mas antiguo por excelencia, pues desde el inicio del riguroso derecho social romano, el matrimonio se le caracterizó como una relación de subordinación a la institución de la manus, representado por el poderoso paterfamilias, los cónyuges eran dependientes de los soberanos de la gens. Es por ello que los hijos eran considerados *alieni iuris*, por lo tanto la esposa al integrarla a la domus de su marido, dependía de la autoridad del paterfamilias.

La unión conyugal era establecida por los respectivos paterfamilias a través de la manus.

“ Entendiendo por manus un poder superior al matrimonio mismo, que implicaba la sumisión al paterfamilias.”⁷⁵

Los máximos soberanos de la gens, eran los responsables de ser los titulares del patrimonio económico como jurídico de cada uno de los miembros y matrimonios habidos dentro de su domus. Por lo tanto, cuando el marido era un *sui iuris*, su situación legal era mas apta, pues gozaba del poder absoluto sobre los bienes propios, o bien ya sean aportados por la esposa, ya que

* La condición consiste en un acontecimiento futuro e incierto, a cuya realización las partes subordinan la existencia o la extinción de la obligación

⁷⁵ ABOUHAMAD Hobaica, Chibly. Op.Cit. pág. 390

ésta última, jamás tuvo capacidad reconocida por el derecho antiguo para gestionar su economía de carácter patrimonial.

" Dada la importancia del grupo agnaticio de la familia romana patriarcal, a las mujeres casadas se les aplicaba las reglas generales a los sometidos a la potestad paternal, porque al unirse en matrimonio entraban a formar parte de la familia del marido rompiendo todo vínculo con la familia de origen,"⁷⁶

La situación de la mujer casada legalmente era considerada como a una hija que no gozaba del derecho de la titularidad de su patrimonio, pues al ingresar a la manus del marido llevaba consigo su patrimonio que le era dado por su padre y que este automáticamente le concedía los derechos de la tutela de su hija y del patrimonio de ella al titular de la gens o del marido de esta; por lo tanto, al unir la parte del patrimonio a la manus del marido formaba una sola propiedad, exclusiva para el paterfamilias haciéndose propietario a título universal de los bienes de los esposos sometidos a la potestad paternal.

Es por ello que el titular universal de los bienes dentro del matrimonio primitivo, (aún cuando la mujer aportaba lo suyo a su nueva familia, la de su marido) le competía el pater toda clase de gestiones judiciales, pues era reconocido como el máximo representante de la gens, además de que era considerado como amo y señor de todos los miembros habidos bajo su dominio.

⁷⁶ BONFANTE, Pedro. Op.Cit. Pág. 153

Sin embargo en esta familia agnaticia, la situación de status social en la esposa era variable, dependiendo de la jerarquía en que se encontraba el esposo dentro de la domus.

" En el matrimonio cum manu la mujer salía de la Patria Potestad de su padre (si era alieni iuris) y caía bajo la manus de su marido o perdía su calidad de sui iuris (si la tenía) y devenía alieni iuris dependiendo de su marido, como una hija (loco filiae)"⁷⁷

De tal manera los bienes de la esposa por virtud del matrimonio pasaban a ser propiedad del marido, confundiéndose con los bienes del varón, aplicándose de esta manera la regla de la unidad patrimonial en el matrimonio. Aunado a lo anterior no hay que olvidar que la mujer era una garantía como propiedad de su esposo y que en algunos casos podía ser vendida como esclava.

Pero, " cuando el marido era alieni iuris, la cónyuge ingresaba a formar parte de la familia del marido pero con el nivel de nieta."⁷⁸

Aún así, solo un titular surgía como el representante del patrimonio familiar, en este caso el varón: ya sea el paterfamilias o el marido sui iuris, que gozaba del derecho de usar y disponer libremente de los bienes matrimoniales.

Sin embargo, " El paterfamilias solía disponer a la mujer determinados bienes para su uso; como el cuidado de su

⁷⁷ BIALOSTOSKY, Sara. PANORAMA DEL DERECHO ROMANO, edit. Universidad Nacional autónoma de México, 3^o edic, 1990. pág. 67

⁷⁸ ABOUHAMAD Hobaica, Chibly. Op.Cit. pág. 391

ajuar, (como parte de la dote), a título de peculio (*)⁷⁹, y que era incrementado durante su matrimonio, por los regalos que el marido le hacía, o por los esclavos o útiles que ponía a su servicio. La actuación de la mujer, circunscrita al seno de la familia, recaía en el cuidado de los enseres y bienes de la casa y de las labores domésticas, como el tejido de los vestidos o la custodia o distribución de las provisiones de despensa que el marido le confiaba.”⁷⁹

Esta forma extraña de aportación patrimonial a la relación conyugal primitiva en la unidad de bienes a través de la soberana institución de la manus de los cuales se fusionaban con los bienes de los demás miembros de familia, es entonces que únicamente se establecía una sola forma de sistema patrimonial que era la de absorción de bienes patrimoniales, en donde residía un titular, representante de la estirpe de la domus: el paterfamilias.

Debido a esta situación, los bienes de la esposa pasaban a engrosar al patrimonio del varón. De esta manera, le pertenecían al marido (alieni iuris) los bienes que por cualquier título adquiría la mujer durante el matrimonio; por lo tanto los derechos y obligaciones de las propiedades aportadas por la cónyuge durante la relación nupcial eran exclusivamente del patriarca (varón).

2.5 CONVENIO SINE MANU

* Suma de dinero, negocio o industria, o una parte de la propiedad del padre o dominus, destinado para el uso del hijo o del esclavo, la propiedad del peculium seguía siendo el padre o amo.

⁷⁹ GARCIA Garrido, Manuel .Op.Cit.pág.741

Conforme se desarrollaba la situación jurídica de los cónyuges, llegando a la era clásica, en donde se dio la separación de la institución patriarcal con el matrimonio; surge como consecuencia otro tipo de régimen patrimonial: el de separación de bienes, es decir, los cónyuges aportaban de manera individual y voluntaria su patrimonio pero sin haber perdido la identidad de esos bienes durante el matrimonio, de esta manera se logra conservar entre ellos la propiedad y la libre administración de sus respectivos bienes que por derecho les pertenecían.

Con el inicio de la ruptura de los soberanos de la gens con los cónyuges que preferían celebrar el matrimonio libre, pues estaban en contra del dominio paterno, fue cuando por esta circunstancia social se delimitó el cónyuge varón la titularidad jurídica de los bienes en el matrimonio. Aún cuando los dos esposos (hombre y mujer) eran denominados *sui iuris* (personas independientes de los paterfamilias), además de que habían logrado hacerse de sus bienes, ya sea a través de su propio trabajo, alguna herencia, legado, peculios o donaciones, etc.

Aún así por ejemplo: "los bienes aportados por la esposa seguían siendo suyos y gozaba de la misma capacidad administrativa patrimonial, al igual que el marido para adquirir y obligarse, así como la libre disposición de sus bienes. En este tipo de propiedad, rige el principio de la absoluta separación de bienes."⁸⁰

Este sistema de separación de bienes estaba basado en un fuerte individualismo económico, pues cada cónyuge administraba y

⁸⁰ IGLESIAS, Juan. *Op.Cit.* pág. 584

disponía de sus bienes, es decir, cada uno de ellos adquiriría deberes y obligaciones para sí mismos. El marido no respondía de las obligaciones de su mujer, ni ella por las de él; como en las deudas y créditos, o bien en las diversas formas de obligarse a través de los diferentes contratos, etc., la obligación que radicaba en ellos solamente era de carácter marital, social y moral, como el de procrear hijos. Sin embargo por la esencia comunitaria que prevalece en el matrimonio, el cónyuge varón, estaba obligado a procurar a su esposa los medios de subsistencia necesarios, así como aportar los gastos de la vida conyugal, de igual manera, los bienes propios de la esposa eran confiados al marido, pero no perdían la parte esencial e individual dados por los bienes de la mujer. Esta situación se debía al estricto ordenamiento jurídico del sistema patriarcal romano.

De esta forma, "el régimen de separación de bienes entre los cónyuges (durante la era clásica) se consideraba como una estructura de principios que por una parte se tenía que respetar la tradición socio-jurídico, y por la otra, la serie de consecuencias de los cambios de la nueva sociedad. La cultura de soberanía económica sobre la situación de la mujer continuaban aplicándose."⁸¹

A pesar de que la mujer fuese emancipada por su respectivo paterfamilias, en donde ella disponía de la libre Administración de orden patrimonial, pero todavía no gozaba del connubium, es decir, no era reconocida judicialmente como el titular de sus bienes, tenía la posesión mas no la propiedad pues la facultad jurídica de representar sus bienes a título

⁸¹ GARCIA Garrido, Manuel. Op.Cit,pág.743

particular era destinado al hombre (esposo), quien funcionaba como apoderado legal de su esposa.

Esta figura jurídica de carácter patrimonial era parecido al contrato del mandato, en este caso, la concubina da encargo a su concubino (mandatario) que acepta de realizar gratuitamente un acto determinado o un conjunto de operaciones a medida que le convenga a sus intereses referentes al patrimonio.

Así por ejemplo, " en la dote se sigue considerando como una definitiva aportación al marido, de que él dispone como propietario. Este carácter no se desvirtúa en toda la época clásica, pese a todas las delimitaciones y garantías de restitución. Sigue siendo el marido el que atiende en su testamento a la subsistencia de la viuda. Por ello le lega la dote, dispone a sus favor de todos los bienes que le destinó en vida en la familia y en la dirección del hogar por el legado de usufructo o el fideicomiso de herencia."⁸²

2.6 REGIMEN DE BIENES DOTALES.

La dote era un conjunto de bienes patrimoniales que la mujer u otra persona en consideración a ella entrega el marido para sufragar los gastos de las necesidades del hogar conyugal, por lo tanto, no podía ser parte de una herencia o intestado en caso de que el esposo muriera estando en su poder la dote, ya que era un derecho perpetuo de la mujer emancipada como garantía de supervivencia en el matrimonio omatrimonios subsecuentes.

⁸² GARCIA Garrido, Manuel. Op.Cit., pág. 743

Desde Augusto, el marido tenía derecho a que la mujer aportara ciertos bienes dotales, siempre y cuando el matrimonio fuera legítimo, pero si fuese ilícito era imposible dotar ciertos bienes a la mujer, puesto que los padres al emancipar a sus hijas para integrarlas al matrimonio de su esposo, ellas llevaban consigo algunos derechos de índole -patrimonial.

" La forma de constituir la dote a través del padre o por un ascendiente de la línea paternal, era llamado dote profecticia."⁸³

Como también eran ellos quienes daban sus consentimiento para que la mujer contrajese matrimonio, pues estos bienes dotales estaban bajo la condición de celebrar las justas nupcias, además de que provenían del patrimonio paternal, considerándose en algunos casos como un derecho de herencia.

" La causa de la dote es permanente y con la voluntad conyugal del que la da se constituye en poder del marido."⁸⁴

Sin embargo, había otra manera diferente de dotar a la mujer para la celebración nupcial, estos bienes provenían de la madre o de otra persona extraña, en el cual se le dio el nombre de dote adventicia:

" En el momento en que una persona extraña le hubiere donado al padre cierta cantidad para que la diese a su hija por consideración al matrimonio, al igual respecto a la madre, si

⁸³ BIALOSTOSKY, Sara. *Op.cit.* pág. 69

⁸⁴ D'ORS, Alvaro. *EL DIGESTO DE JUSTINIANO. TOMO II*. Op.Cit. D.23,3,1

ella se la diera a su esposo para entregárselos al yerno, la dote es adventicia." ⁸⁵

La dote era considerada como un objeto de garantía patrimonial por parte de la mujer, que era constituido por toda clase de bienes, propiedades u otros derechos reales o de créditos, pero condicionada a título de obligación nupcial donde el marido asume la responsabilidad de velar por los intereses patrimoniales de su esposa, siendo que él se convertía en tutor (jurídicamente) y representante legal de los bienes pertenecientes de su cónyuge (mujer) con la finalidad de sostener los gastos económicos del matrimonio, toda vez que aún en la época postclásica, a las mujeres no se les reconocía la capacidad legal (connubium).

De esta manera, " la adquisición dotal justificaba la entrega de los bienes transmitidos por la mujer al marido, empleando de esta forma el goce y disfrute de los bienes, quitándole respecto al marido el carácter lucrativo y colodándolos entre las causas onerosas, la necesaria conexión de la dote con el matrimonio hace que la dote sea nula si es nulo el matrimonio." ⁸⁶

Por medio de esta institución nupcial, los prometidos - estaban sometidos a la condición de que se celebre el matrimonio con la obligación de hacer entrega el acto constitutivo de la dote.

⁸⁵ D' ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II, Op.Cit, D.23,3,5.9

⁸⁶ BONFANTE, Pedro. Op.Cit, pág. 202

De acuerdo a estas modalidades, los cónyuges ejercían derechos y estaban sujetos al régimen de comunidad matrimonial de los bienes patrimoniales, surgiendo de este modo un sistema de solidaridad conyugal; asimismo el titular que representaba la sociedad del régimen dotal fungía como administrador, que en este caso le correspondía al marido; mientras que en la mujer, mantenía una posición secundaria sobre los mismos, nacía y vivía para el matrimonio, destinándole la dote a su esposo (que le pertenecía a ella) para las necesidades del hogar.

“ Estos bienes que integraba tanto el marido como la mujer dentro de la morada conyugal, formaban una unidad administrativa y todos sus aumentos y disminuciones se referían al ente total, no a los sujetos. Por lo tanto se entiende que era una masa particular de bienes destinados a las justas nupcias.”⁸⁷

Tan es así que en el aspecto jurídico, los bienes dotales eran del dominio del cónyuge (varón), pero debían ser conservados por el esposo, pero al tratarse de los gastos conyugales, la dote tenía diferentes justificaciones y denominaciones para su consumo, que eran las siguientes:

“ Los llamados como necesarios, que eran aquellos que tenían la necesidad de gastarlos, como por ejemplo: cuando la mujer haya respondido de algo en virtud de la estipulación de un daño inminente, para que no incurriera en alguna pena, o en la curación de sus esclavos, etc., de esta manera se disminuía la dote.”⁸⁸

⁸⁷ GARCIA Garrido, Manuel. Op.Cit ,pág. 744

⁸⁸ D' ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II, Op. Cit. D. 23, 3, 9, 4

También eran reconocidos como gastos estimados, por la forma en que fácilmente se podía gastar, ya que una parte de la dote, podía ser integrados por dinero efectivo o por objetos utilizables directamente para la mujer, como por ejemplo: los vestidos, joyas, etc.

Otro tipo de consumo eran los llamados gastos útiles, donde el marido invertía los bienes de la mujer con el fin de acrecentarlos a favor de su esposa, por ejemplo: el haber establecido una tienda.

Otros eran, " los gastos de recreo, que eran aquellos los que el marido hizo para adornar la casa conyugal."⁸⁹

Cabe aclarar que en estos consumos de recreo, eran proporcionados al nivel equitativo de los esposos; tanto el hombre por medio de la donatio propter nuptias, y la mujer por la dote: aportaban de manera igual la inversión de los respectivos gastos conyugales.

" A pesar de ello estaba prohibido (por la lex Iulia de adulteriis del año 18 a.C.) que el marido pudiese enajenar e hipotecar libremente los fundos itálicos (habidos en la dote) sin previa autorización de la mujer."⁹⁰

Pero en el caso de que el marido hubiera utilizado los fundos itálicos, incluidos en la dote, perteneciente a su esposa, ella no podía (durante el tiempo que duraba el matrimonio) hacer

⁸⁹ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II, Op. Cit.23,3,32

⁹⁰ Ibid. .D.23,78,2

valer la nulidad de los actos de enajenación o de constitución de hipotecas, si en dado caso las hubiera realizado el esposo con fines de lucro; solo podía reclamar las una vez disuelto el matrimonio por medio de un solo procedimiento:

" La acción de estipulación (*)" ⁹¹ era una acción de estricto juicio, en el cual la mujer reclamaba sus derechos patrimoniales solo lo convenido y lo pactado, es decir reclamaba la obligación del régimen dotal, (de la condición de la celebración del matrimonio), la restitución productiva de los fundos itálicos que como objeto el marido hubiese efectuado prestaciones o contratos para producir los bienes dotales.

Otro sistema de régimen dotal (pertenecientes a la esposa), pero no estaban incluidos por la condición nupcial, sino que, una vez que la mujer se instalara en el domicilio conyugal, solo transfería el dominio de manera personal (y con inventarios) al esposo, que él a su vez se comprometía a la custodia y cuidado de tales objetos, que por lo regular este tipo de bienes eran las cosas estimadas como los vestidos, joyas, objetos personales, con la obligación de restituirlos al disolverse el matrimonio.

" En caso de que el marido no las devolviera a las retuviera con ánimo de quitárselas (a la mujer), ella podía ejercitar la acción de cosas amovidas, o la de depósito, o la de mandato o reclamados por la condición de bienes parafernales (dados fuera de la dote)."⁹²

* La actio extipulatio es la acción que tiene el acreedor cuando el objeto de la estipulación no era ni dinero, ni bienes genéricos, implicaba un hacer del deudor

⁹¹ Ibid.D.25,2,80

⁹² D'ORS,Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II, Op.Cit. D.23,3,9

Toda vez que en los bienes parafernales, el marido actuaba como mandatario, debiendo atenerse en todo a las instrucciones dadas por la mujer; si hacía uso no autorizado por ella quedaba responsable de la pérdida o daño de las cosas. Esta forma de estipulación al parecer se asemejaba a la clase de los contratos formados consensu, en la categoría del mandato. (*)*

En estos bienes parafernales eran independientes de los bienes dotales y eran aquellos que la mujer no aportaba al matrimonio siendo de su única y exclusiva propiedad, y en el momento de entregárselo a su marido, lo hacía responsable de ese encargo, pues eran dados a título de condición patrimonial en la relación conyugal, mas bien era de tipo personal.

Cabe recalcar que la dote como las donaciones por causa de nupcias era derechos que se reclamaban tanto del marido como de la mujer por la aportación que ellos habían hecho en favor del matrimonio, y no a favor de los mismos, por lo tanto este tipo de sistema se caracterizaba como unión de bienes por causa propia del matrimonio.

Debido a esta situación, los bienes dotales no se transfieren al marido la propiedad de los bienes de la mujer, pero sí su administración y su usufructo. La esposa conserva su nuda propiedad, y los bienes le deben de ser restituidos a la disolución del matrimonio. Los frutos devengados durante la unión benefician exclusivamente al marido.

* Es un contrato por el cual una persona denominada mandador da encargo a otra persona llamada mandatario que acepta realizar gratuitamente un acto determinado

En este sistema de unión de bienes, en que la cónyuge no conserva solo un derecho de crédito contra el marido o sus herederos, sino el mismo derecho de propiedad que tenía antes de casarse, de manera que le restituyesen en especie los bienes que aportó; la única ventaja que gozaba la mujer era de que su fortuna no disminuía pero tampoco podía aumentar, pues las ganancias habidas durante la unión correspondían exclusivamente al marido.

Como nos indica la siguiente regla jurisprudencial romana: " El marido disfrutará de los intereses que pueden percibirse de los frutos reunidos y convertidos en capital."⁹³

De esta manera los bienes dotales y las donaciones antes de las nupcias eran dos figuras jurídicas protegidas por el derecho romano, pues eran dadas a título de condición nupcial, por lo tanto al fusionarse se integraba un solo patrimonio (guiándose por la regla general del derecho antiguo) pero conyugal, originándose de carácter único y universal, es por ello que para la seguridad familiar les era prohibido enajenarlo, arrendarlo o hipotecarlo, previo a sus características era una forma de supervivencia en la institución matrimonial, ya que con la integración incluía el deber de manutención hacia los hijos.

"La dote la constituía la mujer para ayudar a las necesidades y gastos de la vida matrimonial."⁹⁴

Era una forma de protección patrimonial de la mujer, en caso de un divorcio o para sus subcuentas matrimonios, como nos lo indica el siguiente precepto del Digesto:

⁹³ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II, Op.Cit. D.23,5,1

⁹⁴ BIALOSTOSKY, Sara. Op.Cit. Pág. 69

" Si la hija de familia, que está para casarse, dio dote al marido del peculio cuya administración tiene, y después permaneciendo su peculio en la misma situación, se hubiere divorciado legítimamente se le paga a ella la dote, como cualquier deudor del peculio."⁹⁵

Este régimen dotal presupone la existencia actual o futura de una unión patrimonial legítima y se dirige a la reglamentación del patrimonio destinado a soportar las cargas económicas de la sociedad conyugal, y las relaciones entre los cónyuges, además en algunos casos se estipulaba la exigencia de restitución dotal en caso de disolución del matrimonio o bien por la muerte de la mujer.

"Si el matrimonio se disolvía por muerte del marido o por divorcio, la dote se restituía o la esposa si moría la esposa se devolvía al padre. Si la había instituido un tercero, éste tenía derecho a reclamarla (dos recepticia)."⁹⁶

Como con las siguientes modalidades que nos presentaba el derecho romano el cual los denominó como pactos dotal:

" - Si el padre prometió la dote por la hija, de suerte que la dote fuese entregada por él dentro de uno, dos, tres cuatro o cinco años, y se convino, que disuelto el matrimonio la dote sería restituida en los mismos términos;"⁹⁷

⁹⁵ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO. TOMO II, Opc.Cit. D.23,3,24

⁹⁶ BIALOSTOSKY, Sara, Op.Cit, pág.70

⁹⁷ Ibid. D.23,4,19

"- Si entre el marido y la mujer se pactó, que se retenga cierta parte de la dote, o toda ella, habiendo uno o varios hijos, la convención es válida aún respecto de aquellos hijos antes que se diese o se ampliase la dote; porque basta que nazcan del matrimonio para el cual fue dada la dote." ⁹⁸

El derecho civil de la época republicana concedía al marido la facultad de retener la dote, aún después de disuelto el matrimonio. Si bien la sociedad le obligaba a devolver los bienes dotales a la mujer al cesar el matrimonio ya fuese por muerte, por testamento, o por acto entre vivos, en caso de divorcio.

Este régimen dotal, probablemente surgió en el ámbito del matrimonio acompañado por la manus y el objeto de compensar, en alguna medida, la pérdida de los derechos hereditarios que sufría la mujer como consecuencia de la ruptura de todo vínculo con su familia paterna. Posteriormente pasó al matrimonio libre con el carácter de aportación destinada a sufragar los gastos del hogar doméstico, siendo que fue un instituto hondamente radicado en la sociedad romana y de los más vitales y evolucionados del derecho romano.

2.7 DONACIONES DURANTE EL MATRIMONIO.

En un principio; durante la época monárquica, este tipo de donaciones no existían, en virtud de que la mayoría de los matrimonios se realizaban cum manu y el patrimonio del paterfamilias le correspondían en su totalidad. Posteriormente cuando se inicia el matrimonio sine manu, estas liberalidades a título gratuito entre los cónyuges eran admitidas, permitiendo

⁹⁸ D'ORS, Alvaro EL DIGESTO DE JUSTINIANO TOMO II D.23,4,24

que el marido y la mujer se hiciesen donaciones sin restricciones. Pero en el año 204 a. C. una lex Cincia prohibía donaciones que excedieran de cierto límite.

Sin embargo, con el emperador Augusto prohibió las donaciones entre consortes, con el fin de preservar el matrimonio ya que la sanción resultante de infringir estas prohibiciones se estipulaba como la nulidad absoluta.

En el auge del derecho postclásico, las donaciones entre los esposos estaban de igual forma prohibitivas, pues se consideraba que el matrimonio se celebraba en base a los principios morales; los juristas de aquella época explicaban con base en el carácter desinteresado que debe tener las justas nupcias y en la necesidad que debe de proteger a los cónyuges de donaciones a que el amor podía impulsarlos. De esta manera evitaban el enriquecimiento de un cónyuge a costa de otro, pues se corría el riesgo de ser engañado al convenir las relaciones nupciales en base al patrimonio conyugal. Es así como nos expresa en la siguiente norma jurisprudencial:

" No era válido las donaciones de bienes patrimoniales que se hayan hecho entre los esposos, pues era obvio que les pertenecían mutuamente por la condición nupcial." ⁹⁹

La negativa de donaciones entre los cónyuges empezaba a operar desde que se celebraba el matrimonio y cesaba cuando se disolvía dicha relación nupcial (divorcio), por lo tanto solo eran factibles antes del matrimonio, como las hechas después de la separación nupcial.

⁹⁹ D'ORS,Alvaro,EL DIGESTO DE JUSINIANO,TOMO II,Op.Cit.D.24.1.1

Esta figura jurídica, no se establecía a través de los pactos matrimoniales, porque no se estipulaba en consideración al patrimonio conyugal, sino que a título personal, es decir, el prometido podía donar a su novia sin necesidad de garantizar la celebración nupcial, sin que este tipo de donación no se haga mas pobre el donante y mas rico el donatario.

Con el emperador Justiniano (527 d.C) solo se estipuló una excepción pero de carácter religioso para permitir las donaciones entre consortes:

" Esta admitida la donación por causa de sepultura; porque consta que por causa de sepultura puede donarse por la mujer un lugar al marido, o al contrario; y si verdaderamente hubiere hecho un enterramiento, hará religioso el lugar. Mas esto proviene lo que suele decirse, que se suele prohibir solamente aquella donación, que hace mas pobre al donante y mas rico al que la recibe."¹⁰⁰

" Por consiguiente, también si el marido donó a la mujer para una oblación a Dios, o le donó terreno para que en él hiciera la obra pública que había prometido, o para que dedicase un templo público, el lugar se hará sagrado."¹⁰¹

Las liberalidades a título gratuito presuponen una precisa preparación entre el patrimonio conyugal y los sujetos es por ello que no eran válidas las donaciones entre los miembros de un mismo matrimonio.

¹⁰⁰ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO, TOMO II, Op. Cit. D.24,1,5.8

¹⁰¹ Ibíd. D. 24, 1. 5.12

" Ni el peculio de la hija casada debía disminuir por las donaciones de ésta al marido, ni muchos menos la mujer podía desprenderse de sus bienes dotales o extradotales en beneficio exclusivo del mismo."¹⁰²

Solamente se consideró el aumento de la donación de los cónyuges pero en razón del patrimonio conyugal con las dos figuras jurídicas establecidas por el derecho romano que eran las donaciones antes de las nupcias y la dote, que se afirma el paralelismo entre estos dos sistemas patrimoniales admitiendo que se podía aumentar la dote, en proporción a la donación nupcial.

Como lo estipula la siguiente Novela Justiniana:
" Sobre los instrumentos dotales, que requiere que sea ciertamente igual la cuantía de los pactos nupciales entre unos y otros, así varones como hembras, y que pondera la igualdad de los que recíprocamente se unen, y no se concede ciertamente que se estipule para uno acaso la mitad, y para otro la tercera o la cuarta parte, sino que partiendo del medio exige que ambas partes se haga un pacto igual."¹⁰³

De esta forma se caracterizaba la igualdad en este derecho, en donde los prometidos pactaban la forma de administrar los gastos conyugales en similar proporción.

Por estas causas era prohibitivo las donaciones entre los cónyuges, pues al variar la proporción de los consumos de las liberalidades a título gratuito iban en detrimento de alguno de los esposos.

¹⁰² GARCIA Garrido.J.Manuel. Op.Cit. pág. 752

¹⁰³ IGLESIAS.Juan Op.Cit. pág. 595. cita tomada de la N.97,1,12

III. EL REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO DESDE LA CONQUISTA HASTA NUESTROS DIAS.

3. 1 RECOPIACION DE INDIAS DE 1680

Después de la conquista de los españoles sobre las razas prehispánicas, se impusieron las leyes de carácter político y administrativo, sobre el territorio de la Nueva España para con sus nuevos súbditos; pero como la estructura social entre los naturales estaba reducida anterior y posteriormente sobre el jefe mayor de un barrio (*), con los siguientes subjeses hasta llegar a la institución del matrimonio. Y como fue una sociedad hermética en relación a sus usos y costumbres no se logró quebrantar del todo la estratificación de status social entre el pueblo indígena, pues en la española reglamentaba en general la forma de su nuevo gobierno, mas no sobre los particulares; es por ello que no se encontraba específicamente en las leyes de indias (proclamada por la corona Europea) los modos de establecer los bienes de los naturales habidos en el matrimonio, ya que solo reglamentaba de manera general al pueblo o comunidad. En donde se indica el domicilio conyugal de un matrimonio, y la posición que se le da a la mujer como esposa legítima. Como nos indica el siguiente precepto de la ley en cita:

" De los indios"

Ley Vij: Mandamos que la india casada vaya al pueblo de su marido, resida en él aunque el marido ande ausente o huido y si enviudare, queda quedarse en el mismo pueblo del marido o volverse a su residencia original.

* Barrio.(denominado también como Chinacalli o Calpulli) de gente conocida o linaje antiguo correspondiendo el usufructo de esas tierras de los feudos que las poseían

Con la costumbre social e individual que gozaban los matrimonios de la realeza española, aprobados anteriormente por los antecesores de cada comunidad independiente, los cónyuges eran respetados y reconocidos como parte integrante de la comunidad y por consiguiente tenían derechos y obligaciones como trabajar en el pueblo y para el pueblo.

" Los bienes tanto muebles como inmuebles eran susceptibles de apropiación privada, pero era un privilegio de la nobleza, ya que existía un sistema de propiedad comunal, que destaca un antecedente del régimen ejidatario."¹⁰⁴

La mayor parte de las ganancias (aportados por los cónyuges) eran pertenecientes a la administración del sistema comunal, pues eran destinadas a ser objetos de utilidad pública. Debido a esta situación los esposos nunca gozaron de los beneficios patrimoniales como consecuencia del matrimonio, sino que era compartido con su comunidad, pues se hallaban sometidos a la autoridad política que los representaba. Es por ello que se le llamó casas de comunidad.

Es así como lo estipula en el Libro Sexto, Título Cuarto de la ley Citada:

" De las casas de censos y bienes de comunidad y administración "

Ley ij: Que en las caxas de comunidad entren todos los bienes comunes de los indios y las escrituras y recaudos, que en las casas de comunidad han de entrar todos los bienes, que el

¹⁰⁴ MAGALLON, Jorge Mario. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, TOMO II, edit, Porrúa, 1987. pág. 75

campo y colección de indios de cada pueblo tuviere, para que de allí se gaste lo preciso en beneficio común de todos, y se atienda a su conservación y aumento, y todo lo demás que convenga.

También en esta ley se prohibía que entre las casas de la comunidad introducir otros bienes diferentes que no pertenecieran a la población indígena:

Ley iij: Que en las caxas de comunidad no se introduzcan otros bienes. No se introducirán en estas caxas otros bienes en oro, plata, reales, barras, joyas, especies o cantidades que no pertenezcan a los indios en común.

La situación patrimonial de los esposos de hecho no gozaban de autoridad propia en relación a los bienes, pues en el aspecto conyugal no había, solo era en comunidad, como si fuera una unidad económica en posibilidad de acción contra particulares y autoridad del estado, esto es, que los cónyuges jamás tuvieron propiedad conyugal.

En esa época la Corona Española reconocía la propiedad comunal como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales.

Las casas de todas sus dependencias: así como el ganado, los instrumentos de labranza, los frutos de la tierra, el dinero que ellos producían; todo constituía la propiedad colectiva de los matrimonios, de tal modo que ninguno de sus miembros podía hacer adquisición algunas sin el consentimiento expreso y tácito de los demás, ni siquiera su propio jefe.

También en esta ley, se estipulaba el tributo de manera obligatoria entre los matrimonios. Como nos lo indica el siguiente precepto.

Ley Vii: Que los hijos de negros e indios habidos en matrimonio tributaren como indios

Las leyes de indias por su contenido específico y en el orden de aportación histórica carece de significado en el derecho civil: La única característica esencial en relación a los bienes patrimoniales en el matrimonio en que aparece de manera general la propiedad familiar que le pertenece a la comunidad o grupo social y no a los individuos casados que lo integran.

3.2 CODIGO CIVIL DE NAPOLEON DE 1804

Con la nueva sociedad civil que brota durante la colonia (en las tierras occidentales) se copia de Europa el nuevo Código Civil Francés. En donde su sistema de normas jurídicas tiene su origen en las ideas liberales de los grandes ilustres franceses, además de las leyes antiguas romanas como son: el Digesto, Código e Institutas, También se proyecta la influencia personal de Napoleón Bonaparte. Esto lo vemos (del Código en cita) en relación al capítulo del matrimonio en su artículo 212 en donde expresa de manera tajante las diferencias de sexo en orden a la relación conyugal:

" Los esposos se deben mutuamente fidelidad, socorro y asistencia. El marido debe protección a la mujer y la mujer obediencia a su marido. He aquí toda la moral de los esposos, es entonces que no son las leyes sino la misma naturaleza quien ha

señalado su dote a cada uno de los dos sexos, la mujer tiene necesidad de protección, porque es más débil, el hombre es más libre porque es mas fuerte"¹⁰⁵

De este modo se retoma las ideas de que el hombre es el indicado para proteger su hogar, y por consiguiente recae en él la obligación de proteger económicamente el patrimonio conyugal, por lo tanto la habitación común tiene que ser la del marido, representante de la comunidad conyugal, protector de la esposa que debe obedecerle y respetarle, como lo indica el artículo 214 Napoleónico:

" La mujer esta obligada a habitar con el marido, y a seguirle a donde quiera que él juzgue conveniente residir; el marido esta obligado a recibirla y a suministrarle todo lo que sea necesario para las exigencias de la vida, según sus facultades y su estado":

De esta manera la situación de la mujer quedaba subordinada a la obligación que corresponde al marido de recibir a áquella la titulación administrativa del patrimonio conyugal.

" Se observa en ella un sentido moralizador, conforme en la ética vigente de dicha época, que llevó a un primer nivel la salvaguarda de la mujer en todo lo relativo al sexo por considerarla objeto de reproducción y no de producción." ¹⁰⁶

Por lo tanto en esta legislación instituyó en el matrimonio un solo tipo de régimen legal: El de comunidad de

¹⁰⁵ VERDUGO, Agustín. PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO, México 1936. pág. 301

¹⁰⁶ BIALOSTOSKY de Chazán, Sara, SITUACION JURIDICA DE LA MUJER EN MEXICO, edit. U.N.A.M, 1º edic. 1975, pág. 40

bienes que consistía en la formación de una masa de bienes que implicaba una unión de intereses entre los esposos que participaban en la buena o mala fortuna de uno y otro durante las nupcias.

Pero, derivado de la concepción Napoleónica en su artículo 1421 nos señala lo siguiente: Que el marido es el administrador legítimo de los bienes de la comunidad.

Por lo tanto los patrimonios de ambos cónyuges forman durante el matrimonio una masa unitaria administrada por el esposo en nombre de la comunidad conyugal. El marido tenía la libre disposición de los bienes materiales tanto pertenecientes a su esposa como las de él.

Es así como este tipo de régimen consistía en hacer comunes todos los bienes muebles poseídos en el momento de celebrarse el matrimonio, así como sus frutos, rentas e intereses de toda especie y los inmuebles adquiridos durante el matrimonio, la intención era ayudar con los gastos del hogar conyugal. El derecho de propiedad de la mujer se transfiere de alguna manera en su derecho de crédito por el valor de sus bienes de las deudas de su esposa.

Pero a pesar de este tipo de régimen de comunidad legal había otro sistema que era el convencional. Como lo estipula el siguiente precepto: artículo 1399: La comunidad, será legal o bien convencional desde el momento de la celebración del contrato de matrimonio, ya sea que las partes lo hayan estipulado.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Era un sistema convencional, que se le denominó régimen sin comunidad; que procedía de la antigua legislación romana en donde el principal administrador le competía al esposo y la mujer se le restaba sus derechos patrimoniales.

"De esta forma le dan al hombre privilegios, establecieron un poder marital, no tan absoluto como la manus del derecho romano, pero sí suficiente para restarle capacidad a la mujer dejándola bajo la tutela del marido." ¹⁰⁷

Reiterando, que la relación de bienes conyugales era favorecida a través de la unión de bienes, y la mujer le transfiere su patrimonio al marido y de igual manera, no podía gozar de los frutos o ganancias materiales habidos durante el matrimonio, pues seguían limitándola por no gozar de capacidad legal.

Este tipo de régimen de los esposos casados sin capitulaciones y que introducen algunas modificaciones en el régimen legal, dado a la formación de comunidad convencional.

" Aunque en realidad, seguía subsistiendo el régimen de comunidad legal, modificándolo con las cláusulas de comunidad reducida a las gananciales, sin tocar a las reglas de la comunidad legal referentes a la administración y a la liquidación de los bienes, modifica profundamente la composición de la masa común: los bienes comunes son menos importantes que dentro de la comunidad legal de muebles gananciales." ¹⁰⁸

¹⁰⁷ BIALOSTOSKY de Chazán, Sara, SITUACION JURIDICA DE LA MUJER MEXICO. Op.Cit, pág. 45

¹⁰⁸ IBARROLA, Antonio, DERECHO DE FAMILIA, 3ª edición, edit, Porrúa, México, 1984, pág. 143

Tres rasgos caracterizan esencialmente este tipo de comunidad: la existencia de bienes comunes, los poderes del marido sobre el patrimonio familiar y las garantías dadas a la mujer contra la mala administración de su marido, que en este último aspecto, también podía ser declarado a través de la autoridad judicial con el sistema de separación de bienes (a última instancia) cuando el marido llevaba una mala administración de los bienes de la mujer, o bien cuando se ausentaba indefinidamente o gozaba de lucidez mental.

" Este régimen de separación puede ser absoluta o parcial en efecto este régimen podía coexistir con la comunidad y con el régimen dotal, de modo que comprenda los bienes de la mujer que no se hubieran hecho comunes ni hubieran aportado como dotales. A estos se les da con preferencia el nombre de bienes parafernales porque significa el conjunto de bienes que figura el lado de la dote."¹⁰⁹

Los redactores del Código Civil Francés exigieron el régimen de comunidad de bienes: en régimen legal, aún dejando a los esposos la posibilidad de elegir otro régimen, en especial el régimen dotal, y asimismo un régimen que desconocía por completo el antiguo derecho francés : la separación de bienes, pues el principio que regía era la de contribuir con los gastos del matrimonio, aún cuando los esposos obtuvieran la propiedad plena e ilimitada y la libre administración de sus bienes salvo la común; es decir, las ganancias habidas durante la relación nupcial.

¹⁰⁹ RUGIERO, Roberto. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, traduc. Ramon Serrano Suñer y Jose Santa Cruz Teijero, Tomo II, Vol, segundo, edit. Reus, Madrid 1978, pág. 123

3.3 CODIGO CIVIL DE OAXACA DE 1827

En 1827 se promulgó en Oaxaca el primer Código Civil, que tuvo vigencia en el México Independiente, con una duración que culminó en 1836 apoyándose del Código Civil Francés.

En donde se estipula que el matrimonio es un contrato civil, y por ser una institución independiente los bienes conyugales se gobiernan y administran por los socios, según las reglas generales de los contratos de sociedad (art. 2469)

Sin embargo para llevarse a cabo los pactos matrimoniales era menester celebrarlo antes del matrimonio (art. 2470)habiendo convenido entre los esponsales la sociedad legal, que consistía en hacer comunes de ambos la mitad de las ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio.

" En esta ley, les concedía igualdad de derechos y obligaciones, sin embargo, se distinguían porque esas mismas leyes concedían en muchas ocasiones mayor suma de derechos a los hombres que a las mujeres, a quienes no se les otorgaba por consideración a la debilidad propias de su sexo:"¹¹⁰

La evolución legislativa de la administración, ha seguido la misma ruta de la posición social de la mujer dentro del matrimonio, es decir, arranca de una administración a cargo del hombre, pero de la misma manera tenían que formar una sola unidad de bienes, exceptuando una sola diferencia en relación al Código Francés: Que los esposos decidían pactar o convenir de como se va administrar la sociedad legal, así lo establecía el siguiente precepto:

¹¹⁰ Tribunal Superior de Justicia LECCIONES DE DERECHO CIVIL,pág. 31, edit. Jus, México, 1951

artículo 2254: Cuando por virtud del pacto o capitulaciones matrimoniales, hubieran convenido los esposos en que han de regir entre ellos la sociedad legal sin expresar las reglas con las que se han de gobernarse los bienes, o si la mujer o sus herederos renunciaren dicha sociedad, se observara todo lo dispuesto en el presente capítulo, y se percibirá el marido con las obligaciones que en el expresan todos los frutos que en caso de existir dicha sociedad se repartirán las ganancias.

De esta forma, implica por lo tanto una unión de intereses entre los esposos que participan en proporción equitativa de la buena o mala fortuna de uno y otro durante el matrimonio, sin embargo se establecía el artículo 2563:

" A falta de estipulaciones particulares, la sociedad legal se regula por las reglas generales del contrato de sociedad en cuanto no se opongan a lo expresamente determinado en este capítulo."

Sin embargo, al marido es al que le reconocían la titularidad jurídica de los bienes conyugales, porque la legislación del nuevo Código Mexicano seguía siendo influenciado por la cultura francesa plasmada en sus leyes:

" Encontrándose la mujer por su matrimonio, y mientras éste dura, bajo la guarda del esposo que ella eligió como protector de sus bienes y para su persona, es muy natural, aunque conserve en el fondo toda su experiencia, que ella se preocupe menos de sus negocios y no se lance ya en los mismos cálculos por el pensamiento de que otro cumplirá con estos cuidados en lugar

de ella y mejor que de ella; es muy natural que ella se reduzca al papel de instrumento pasivo bajo la dirección del esposo." ¹¹¹

Debido a este respecto, la ley de Oaxaca, estipulaba una división de derechos y obligaciones en el matrimonio, mientras que en la mujer se encargaba de los deberes domésticos de la casa, el hombre se ocupaba de la cuestión económica respaldado por la ley, tan es así que el régimen matrimonial prioritario era celebrado como sociedad legal.

" Por el solo hecho de la celebración del matrimonio, y cuando se aplica este régimen, todos los bienes de la mujer que no se hallen expresamente excluidos por la ley - bienes reservados - quedan sujetos a la administración y disfrute del marido. Y no solo los bienes que pertenezcan a la mujer al tiempo de celebrarse el matrimonio, sino los que adquiriera después y durante el mismo, salvo los bienes excluidos o reservados." ¹¹²

De tal forma fue considerado como una sociedad de ganancias, pero solamente para el hombre, porque se encargaba de la administración, además que se le atribuía los frutos generados en las nupcias. Había otro sistema que era el supretorio, que a falta de convenio se regulaba por las normas generales del contrato de sociedad; y el otro método era el de sociedad universal en donde todos los bienes las partes les pertenecen con ánimo de partirlos entre sí, como igualmente todas las ganancias que adquirieran con ellos, (art.2985)

¹¹¹ VERDUGO, Agustín, *Op.Cit.* 334

¹¹² OJEDA Martínez, Rosa María, *UN SIGLO DE DERECHO CIVIL MEXICANO*, (Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil), edit, UNAM, imprenta universitaria 1935-1985, pág. 80

" En principio, todos los bienes presentes y futuros de cada cónyuge se hacen comunes. Se comprenden en la comunidad también aquellos bienes de que eran propietarios o titulares los esposos antes de celebrar el matrimonio, sin consideración a su origen, correlativamente existe también en principio comunidad de deudas."¹¹³

Esta disposición regulaba de manera obligatoria que los bienes de los esposos, tenían que formar una sola unidad patrimonial, tomando la base del viejo sistema romano.

Sin embargo, en similitud con la ley civil francesa, había casos excepcionales en que la mujer podía exigir el derecho del régimen de separación de los bienes conyugales, para poder adquirir la libre administración de su patrimonio que aportó durante la celebración del matrimonio, a través de un proceso judicial, obteniendo en algunas situaciones, el derecho de adquirir los frutos o provechos, así como utilidades, resultante del contrato de sociedad conyugal, así como a la autoridad competente, le concernía declarar a la mujer capacidad jurídica. Ejemplo de algunos casos tenemos:

Cuando existía una declaración judicial de la ausencia del marido o haya demostrado el juicio de interdicción civil de su esposo a instancia suya.

Esta novedosa legislación en el Nuevo México, con el régimen de sociedad legal constituida por la ley, son las que se determinan (por consideración de interés público o de equidad, es decir el representante de la sociedad conyugal con el Estado),

¹¹³ BELLUSCO, Augusto César. MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA (Regímenes matrimoniales) tomo II, edit. Depalma, Buenos Aires, Argentinas, 1996, pág. 224

las reglas generales de administración aún basándose en los contratos de sociedad, que en el matrimonio, el varón es quien recaía la responsabilidad de representar los bienes conyugales, ya que era el único que gozaba de facultad jurídica; sin embargo en los pactos matrimoniales, cuando se trataban de los inmuebles ascendiendo al valor de 500 Pesos en adelante, obligatoriamente los socios debían presentarlo ante la autoridad competente, en este caso ante un notario. Para que con ello sea válido las reglas por las cuales los esposos lo hayan estipulado. Previo lo contrario sea nulo; las capitulaciones que hayan hecho los esposos como lo prevee el siguiente precepto:

ARTICULO 2475: Pero si fuera menor de la suma ya citada, podrá otorgarse dichos pactos ante la autoridad local del lugar y dos testigos, como lo manifiesta el precepto 2478: en esta ley tanto el matrimonio, como sus bienes eran de orden público pero a interés particular.

" La disposición como se ve, se refiere exclusivamente a la sociedad voluntaria. El sistema es lógico, si los cónyuges pactan como régimen patrimonial de su matrimonio el de separación de bienes o el de sociedad legal ya que los patrimonios personales quedan perfectamente definidos, son bajo este punto de vista, dos extraños, con sus derechos y obligaciones propios e independientes y basta la presentación del acta de matrimonio que mencione esta circunstancia."¹¹⁴

La separación de bienes conyugales declarado por la autoridad judicial a última instancia como forzosa, era solamente

¹¹⁴ Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales. CAPITULACIONES MATRIMONIALES. edit. Jus. México 1953. pág. 23

parcial, porque una de las características principales que se presentaban en esta legislación es de no otorgarle totalmente el poder patrimonial conyugal a la mujer, aún cuando ella haya demostrado que su esposo había obrado mal en la administración de los bienes conyugales. Este código se guiaba por la ley de la cultura aria, tomando de base a la condición natural de los consortes mas no de su condición física, moral o ética.

La situación social seguía imperando la autoridad del hombre sobre la mujer; esto es que los cónyuges frente a la ley estaban divididos a la subordinación de uno sobre otro.

3.4 LEY DEL MATRIMONIO CIVIL DE 1859

Esta ley, al igual que la anterior (Oaxaca 1827) exigía que antes de la celebración del matrimonio los contrayentes tuvieran que presentar las capitulaciones matrimoniales o los convenios como lo estipula el siguiente artículo:

1238: Las capitulaciones matrimoniales se deberán hacer antes de celebrarse el matrimonio, so pena de nulidad; pero podrán comprender los bienes que los cónyuges adquieran después de celebrado.

A esto se debía a que los esposos de manera voluntaria se decidían unirse de común acuerdo al matrimonio, así en los bienes patrimoniales dándole forma, de dos masas de bienes a un solo patrimonio, pero la facultad jurídica reconocida le seguía correspondiendo al marido, quien representaba los bienes para administrar y disponer libremente del patrimonio conyugal, que también aportaba la cónyuge.

“ La situación de la mujer para su educación y su inexperiencia es poco a propósito para los negocios y se halla expuesto al grave peligro de comprometer sus intereses con perjuicio del matrimonio, cuya felicidad demanda la conservación de los bienes, a la cuál están ligados el bienestar de los consortes y el porvenir de sus hijos.”¹¹⁵

En esta legislación, la posición de la esposa en relación a los bienes conyugales, no era la indicada para representar el patrimonio, pues era considerada para trabajos caseros propias de su sexo, solo podía gozar del dominio y usufructo (*) de manera personal; sin embargo, jurídicamente no tenía la propiedad, por lo tanto el régimen de sociedad patrimonial era de carácter legal que nacía con la celebración del matrimonio.

Este otorgamiento de las capitulaciones era un derecho de los cónyuges, mas no una obligación. Lo imperativo surge cuando los esposos no estipulaban convenios en la sociedad legal, es entonces en ausencia se establecía por las normas generales del capítulo de los contratos de sociedad, creando de la misma forma el órgano representativo que exige toda persona moral y las bases conyugales, se prohibía que tanto el marido como la mujer no podían venderse recíprocamente bienes, sino cuando hubiese separación judicial.

En esta ley, ya se empezaba a caracterizar la equidad entre los cónyuges con el convenio presentado con la celebración

¹¹⁵ MATEOS Alarcón, Manuel. LECCIONES DE DERECHO CIVIL, (Tribunal superior de Justicia , estudios sobre el C.V del D.F.),edic. Facsimilar 1885, pág. 102

* Usufructo.que bien puede ser el goce, utilidad o provecho del patrimonio conyugal

del matrimonio, pues se le consideraba como un contrato civil, que fue elevada a la categoría de Ley Constitucional.

En relación a las ganancias de los bienes conyugales, una vez decretada la separación nupcial, se repartían en partes iguales; a excepción de que si alguno de los dos hubiese obrado de mala fe, no obtendría parte en las ganancias, (artículo 1339).

Otro tipo de régimen de bienes conyugales era el de separación de bienes, decretado judicialmente, a través de hechos probatorios en donde la esposa demostraba la mala administración de su marido, pero la comunidad de ganancias dentro del matrimonio seguía subsistiendo, toda vez que la relación nupcial se le había denominado como contrato civil con sus efectos patrimoniales para el provecho y rendimiento de los cónyuges.

" Estos regimenes llamados de comunidad se caracterizaban por la formación de una masa de bienes pertenecientes a los esposos y que han de repartirse entre ellos. El elemento típico se integraba por lo ganado por cualquiera de los cónyuges, luego del matrimonio. Es decir, que un principio los esposos conservan como propios todos los bienes que llevan al matrimonio, incluso los bienes muebles. Pues solo eran gananciales o comunes los adquiridos o ganados durante el matrimonio." ¹¹⁶

Este sistema de comunidad de bienes, se tenía que aprobar por la autoridad judicial con todas las formalidades de

¹¹⁶ BELLUSCO, Augusto Cesar. Op.Cit. pág. 440

la ley (artículo 1312); es por ello que seguía imperando la sociedad de ganancias de los bienes conyugales.

3.5 CODIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO 1866

En el capítulo del sistema de bienes en el matrimonio al igual en los Códigos procedentes, seguía imperando el régimen de sociedad legal; que al igual establecía que el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio (artículo de la ley en cita), de la misma manera se estipulaban pactos matrimoniales necesitando la presencia de los padres o tutores, pues ellos señalaban el otorgamiento de las capitulaciones nupciales, en caso de ser menores de edad (art.1325). Este tipo de estatuto patrimonial, en la norma jurídica, facultaba a los contrayentes la forma de cómo se ha de administrar la sociedad conyugal o a falta de ello también se regulaba por las reglas generales del contrato de sociedad (art.1398).

De la misma manera el marido seguía gozando de la libre administración de los bienes conyugales, facultándole la responsabilidad de ser el principal tutor del patrimonio nupcial, siendo prioritario el sistema de sociedad legal; aún cuando los cónyuges hayan hecho estipulaciones especiales antes de su celebración nupcial, o bien por las reglas generales de los contratos de sociedad.

En esta legislación de los derechos patrimoniales, " El esposo se convertía en dueño y señor de la comunidad, en compensación, las costumbres concedían garantías a la mujer, los redactores de este Código Civil eligieran la comunidad de bienes

y ganancias como régimen legal y mantuvieran casi todos los poderes del marido, así como la garantía de la mujer"¹¹⁷

Es así que imperaba el patrimonio conyugal en el aspecto jurídico y personal entre los cónyuges.

" Estas ideas modernas sobre la igualdad ampliamente difundidas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares, que salvo, los temperamentos naturales aportados por la civilización, continuaban basándose en el rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el derecho canónico".¹¹⁸

En esta relación de ideas comparativas con el derecho romano de esta legislación era obvio la situación del varón que representaba el patrimonio conyugal. aún estableciéndose la igualdad de las ganancias conyugales entre los esposos. Aún cuando en esta ley los pactos patrimoniales podían alterarse o modificarse, pero no a través de su sistema judicial (artículo 1327) sino ante la notaria pública con los mismos testigos que hayan asistido originalmente a la boda.

Este tipo de procedimiento favorecía los derechos patrimoniales de los cónyuges, pues obraban de buena fe desde el momento de unir los bienes, con el inventario y descripción de los respectivos bienes que habían aportado, expresión del valor de los muebles.

Otro tipo de régimen patrimonial, era el sistema de separación de bienes, pero era decretado en situaciones extremas

¹¹⁷ RUGIERO, Roberto, *Op.Cit.* pág. 140

¹¹⁸ IBARRA, Magallón Jorge Mario. *Op.Cit.* pág. 187

por el poder judicial a través de una pena decretada, o bien en un juicio de interdicción civil o por declaración de ausencia, (artículo 1395).

En este Código también se caracterizaba (como en los anteriores) al sistema comunal de bienes gananciales, o bien llamada como sociedad legal.

3.6 CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL 1870

En este Código estipulaba literalmente dos tipos de régimen patrimonial dentro de las capitulaciones matrimoniales: el de sociedad legal y separación de bienes, (artículo 2099 del Código Civil).

Estas capitulaciones matrimoniales no podían alterarse, ni revocarse después de la celebración del matrimonio, sino por convenio expreso o por sentencia judicial (artículo 2114); ya que la ley favorecía la voluntad autónoma de cada uno de los contratantes de escoger el tipo de sistema por el cuál se han de regir los bienes conyugales, que era denominado como sociedad conyugal voluntario; de otra forma era llamado como legal, por la falta de ausencia de capitulaciones matrimoniales de los cónyuges, entonces era determinado por disposiciones propias de la ley.

" Dentro de este principio, la ley presumía el régimen de sociedad legal, cuando no existían capitulaciones matrimoniales, estipulando la separación de bienes o la sociedad conyugal. Por consiguiente no era necesario al celebrar el matrimonio o pactar ningún régimen, cuando los consortes querían acogerse el sistema de sociedad legal impuesto por ministerio de Ley. Solo en el caso de que quisieran estipular la separación de bienes, deberán declararlo así en las capitulaciones

matrimoniales que al efecto concertare, o bien cuando querían regular la sociedad conyugal con determinadas cláusulas especiales."¹¹⁹

En el sistema de sociedad legal, era considerado como alternativo, pues aún el marido seguía siendo el principal representante de la sociedad conyugal, quien a su vez podía enajenar los bienes matrimoniales, así como obligar a título oneroso los bienes muebles sin el consentimiento de la mujer (artículo 2156), pero a pesar de ello, la igualdad de los esposos prevalecía en sus derechos propios recíprocos en el aspecto personal-patrimonial del dominio y posesión de los bienes comunes, en donde los bienes raíces del fondo social prohibían venderse o hipotecarse sin la autorización de la esposa (artículo 2158). Asimismo la situación de la cónyuge era protegida por este Código, en el caso de la oposición rotunda del varón, ella podía reclamar sus derechos a través de la autoridad judicial.

" Este sistema legal, fácilmente contenía un patrimonio, un tipo que ocupaba de suplir las deficiencias o que a veces se imponía cuando los esposos no hubieren declarado su voluntad que en todo régimen de bienes en el matrimonio eran garantizados para los derechos de terceras personas y de los acreedores, evitando toda clase de perjuicios."¹²⁰

A diferencia, de la sociedad voluntaria, era simulado como contrato de matrimonio, pues eran los pactos que los esposos celebraban para constituirla y reglamentar su administración dentro de las normas generales de la sociedad común.

¹¹⁹ ROJINA, Villegas Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO, (derecho de familia) tomo II, edit. Porrúa, México 1998, pág. 337

¹²⁰ IBARROLA, Antonio. DERECHO DE FAMILIA, 3º, edic, edit Porrúa, 1984, pág. 282

" Al referirse a la sociedad voluntaria, exigía que los cónyuges declarasen de manera determinante las facultades que a cada consorte correspondían en la administración y en percepción de los frutos, con expresión de los que de estos y aquellos pueda uno vender, hipotecar, arrendar, etc., y de las condiciones para que estos actos hayan de exigirse."¹²¹

Aún así, es en este Código que establecía (similar al de sus antecesores) que este tipo de sistema no solo se estipulaba la integración de los bienes de los respectivos consortes a través del inventario de bienes que formaban por cada uno, sino que su fin es reglamentar el fondo del capital social del enlace nupcial; por lo tanto la disposición de las ganancias y pérdidas quedaban adheridos en igual proporción a los socios, pues en el fondo social era formado a través de los bienes adquiridos tanto del marido como de su esposa, ya sea por el ejercicio de una profesión científica, mercantil, industrial o trabajo mecánico. (artículo 2114); o bien de los bienes que provenían de herencia, legado, dotes o donaciones hechos a ambos cónyuges.

Mientras que el régimen de separación de bienes ya haya sido a través de la voluntad de alguno de los cónyuges, o bien por sentencia judicial (artículo 2205); de igual modo gozaban de derechos y obligaciones recíprocos, conservando de manera individual la propiedad y la libre administración de su patrimonio, así como el goce de sus productos. Pero no se deslindaban de las responsabilidades que requiere los gastos materiales que implica el matrimonio como contribuir a sostenimiento de los alimentos, la habitación, además de los

¹²¹ MARTINEZ, Arrieta T. Sergio. Op.Cit. pág. 259

hijos, y demás cargas del matrimonio. Según lo estipulado en el contrato nupcial y las capitulaciones respectivas.

" La separación de bienes podía ser absoluta o parcial y en esta última los bienes que no quedaban separados en forma absoluta se estipulaba por los preceptos de la sociedad legal. Dentro de este sistema existían capitulaciones matrimoniales." (122)¹²²

Es por ello que los bienes adquiridos durante el matrimonio por título común a ambos cónyuges, mientras no se haya hecho la partición del capital social que seguía perteneciendo a la Institución del matrimonio, los cuales no podían hipotecarse, arrendarse o venderse, ni repartirse entre los esposos solo a través del divorcio voluntario(artículo 2218)y si fuese necesario todas las ganancias de los frutos habidos durante el matrimonio, sería para el cónyuge que haya obrado de buena fe.

Por lo tanto el régimen de separación de bienes, era alternativo para la mujer, pues ella gozaba de sus bienes y disfrute de sus frutos, así como en su libre administración; sin embargo, como la mujer no gozaba totalmente de la potestad jurídica, podía escoger libremente (entre su marido) para que realizara actos jurídicos en su nombre por cuenta de su esposa, asemejándose este tipo de acción como un contrato de mandato. (*)

" Los sistemas consagraban supletoriedad automática del régimen patrimonial del matrimonio, pues sino existían

¹²² IBARRA Magallon, Jorge Mario, Op.Cit. pág. 113

* El mandato es un contrato por virtud del cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante, los actos jurídicos que éste le encargue. Tradicionalmente, el mandato se refería a los actos ejecutados por cuenta y en nombre del mandante, es decir, comprendía la forma llamada mandato representativo

capitulaciones de la sociedad conyugal voluntaria, tácitamente se atribuía al matrimonio al haberse celebrado bajo la condición de sociedad legal. Y en relación con la separación de bienes, la parcial era supletoria de la absoluta. En ambos sistemas expuestos, se autorizaba a los cónyuges a modificar el pacto económico."¹²³

3.7 CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL 1884

Este Código como el anterior, heredan de las legislaciones anteriores, la influencia de las extranjeras: El régimen legal de la comunidad de ganancias. Tales eran los principios de esta reglamentación (1870). Se presumía la sociedad legal cuando no había capitulaciones matrimoniales.

" La sociedad conyugal podía quedar establecida legalmente o por voluntad de las partes, pues de pleno derecho se entendía celebrado entre los consortes, cuando no formulaban capitulaciones matrimoniales expresas para constituir sociedad voluntaria."¹²⁴

Esta sociedad legal, bien podría ser alternativa entre cónyuges, pues podía convertirse en voluntaria a través de la presentación de la escritura de capitulaciones de los siguientes bienes, del cual deberá contener, (artículo 1986):

I. El inventario de los bienes que cada esposo aportare a la sociedad, con expresión de su valor y gravámenes;

¹²³ IBARRA, Magallon Jorge Mario. *Op.Cit.* pág. 313

¹²⁴ GALINDO, Garfias Ignacio. *DERECHO CIVIL* (primer curso) parte general, personas y familia, 18ª edic, edit Porrúa 1999, pág 583.

II. La declaración de si la sociedad es universal, o solo de algunos bienes valores, expresándose cuales sean aquellos o la parte de su valor que deba entrar al fondo social.

III. El carácter que hayan de tener los bienes que en común o en particular adquieran los consortes durante la sociedad, así como la manera de aprobar su adquisición.

IV. La declaración de si la sociedad es solo de ganancias; expresándose por menor cuales deben ser las comunes y la parte que cada consorte haya de corresponder.

V. Nota especificada de las deudas de cada contrayente con expresión de si el fondo social ha de responder de ellas o solo de las que se contraigan durante la sociedad, sea de ambos consortes o por cualquiera de ellos.

En este tipo de régimen social, se consideraban bienes propios los que sostenían al momento de la celebración del matrimonio a excepción de los adquiridos posteriormente por herencia, legado o donaciones (artículo 1999 a 2004)

El fondo de la sociedad legal se formaba por las siguientes bases: los adquiridos por el marido en la milicia o por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio de profesión, científica, mercantil o industrial o por trabajo mecánico, y los adquiridos por herencia, legado o donaciones; entraban en la comunidad conyugal, siempre y cuando haya sido antes de contraer el matrimonio, es decir, entraban por título oneroso, durante la celebración nupcial a costa del caudal común, los frutos de los bienes propios y de los comunes, (artículo 2008)

Aún siguió la misma línea de su antecesor, agregó una ligera variante en su artículo 1975: El marido es el legítimo administrador de la sociedad conyugal. La mujer solo administrara cuando haya convenio o sentencia que así lo establezca, en caso de ausencia o impedimento del marido, o cuando éste la haya abandonado injustificadamente el domicilio conyugal.

Otro tipo de sistema en la administración de los bienes de este Código, se estipulaba (en ausencia de la sociedad legal), el régimen de separación de bienes (artículo 2070) en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio o durante éste, en relación al convenio de los consortes o de sentencia judicial.

" No era necesario al celebrar el matrimonio, pactar ningún régimen, solo en el supuesto de que se quisieran estipular la separación de bienes, los esposos debían declararlo en las capitulaciones que al efecto concertaren, o bien cuando querían regular la sociedad conyugal en determinadas cláusulas especiales." ¹²⁵

En este tipo de régimen, cada cónyuge conserva la propiedad, la administración y goce de los bienes que lleva al matrimonio, y responde exclusivamente por sus deudas. De manera que existe completa independencia patrimonial entre los esposos como si fuesen casados. En este sistema, la mujer obtenía de manera parcial la capacidad legal de disponer y de dirigir sus bienes. Pero el grave inconveniente surge cuando legalmente el

¹²⁵ VIDAL, Taquini Carlos. REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO. edit, Astrea, Buenos Aires, reimpresión 1993.pág 153

marido estaba autorizado de atribuir el usufructo que solía ser el resultado de esfuerzos comunes. (artículo 2075)

A pesar de ello, (como el Código 1870) la esposa no era la autorizada para enajenar sus bienes inmuebles, ni los derechos reales, sin consentimiento expreso de su cónyuge o del Juez, si la oposición fuese infundada(artículo 2076).

" Es fácil desprender que la evolución legislativa de la administración ha seguido la misma ruta de la posición social de la mujer dentro del matrimonio, es decir, arranca de una administración a cargo del hombre (sin llegar al extremo del régimen de absorción)" ¹²⁶

Esta forma de salvaguardar el patrimonio conyugal, tenía carácter imperativo, porque estaba organizado en base a normas, que casi en su totalidad era de orden público, y en consecuencia podía ser modificados por voluntad de los cónyuges.

3.8 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES 1917

Esta nueva ley (reconstructiva como consecuencia posterior a la era revolucionaria) rompió los moldes legislativos que le procedían de las leyes anteriores; perfiló las ideas modernas sobre la igualdad jurídica que se orientaban a extraer a la mujer de la potestad del marido, suprimiendo la idea del imperio, respecto a la manu romana otorgada al marido.

¹²⁶ MARTINEZ Arrieta, Sergio tomás. Op.Cit, pág. 138

En su artículo 270 estableció como principio general que el hombre y la mujer al celebrar el matrimonio conservarían la propiedad, administración y disfrute exclusivo de sus bienes presentes y futuros, siendo también propios de cada consorte (artículo 217) y sus salarios, honorarios o ganancias que derivasen del ejercicio de un trabajo o profesión, comercio o industria.

El artículo 272, indicó que los cónyuges podían convenir en que los productos de todos o de parte de sus bienes fuesen comunes, siempre que el convenio fuera expreso y se fijasen las bases de la liquidación.

Por lo tanto, el matrimonio era estipulado (a través de las capitulaciones matrimoniales) literalmente bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes (artículo 1965).

" En la sociedad conyugal, se dispuso que los bienes comunes, mientras permanezcan indivisos, sean administrados de común acuerdo; que cada uno de los cónyuges conserve la administración y propiedad de sus bienes personales, así como los frutos de éstos, la completa capacidad para contratarse y obligarse; pero sin perjuicio de la unidad de la familia, y sin excluir la ayuda mutua, pues se deja en libertad a ambos consortes para conferirse mandato y para comunicarse los frutos de sus bienes." ¹²⁷

De esta manera se le concedió protección a la mujer en relación a su patrimonio aportado a la comunidad conyugal, además de que los dos cónyuges se les otorgó plena capacidad y aptitud

¹²⁷ MAGALLON, Ibarra Jorge Mario, Op.Cit. pág. 314

legal otorgándosele a cualquiera de los dos, la posibilidad de administrar el patrimonio social, y así al solicitar la disolución de esta sociedad conyugal se consagraban las bases en que deberá liquidarse, disponiendo en partes iguales los productos o frutos habidos durante el matrimonio; pues este tipo de régimen era considerado como voluntario, ya que se pactaban todos los bienes muebles e inmuebles y sus productos que los consortes adquirieran durante su vida matrimonial, incluyendo el producto del trabajo, de tal manera se consideraban también al patrimonio de los esposos, aquellos bienes que ingresaban a título gratuito, donación o herencia.

Lo contrario implicaría ir en contra de la voluntad de las partes, que optaron de manera libre por la mancomunidad de bienes en su modalidad universal, sin distinguir entre los adquiridos a título oneroso y a título gratuito.

El otro sistema, (considerado como legal) era el de separación de bienes, declarado por la autoridad judicial en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante este, en virtud de convenio de los consortes o de sentencia judicial.

" Al establecer como régimen legal la separación de bienes, solo regulaba de manera escueta la administración de los que se hicieren comunes ordenando: los bienes que los cónyuges adquirieran en común por donación, herencia, legado o por cualquier otro título gratuito oneroso o por don de la fortuna en tanto que se hace la división, serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en este caso el que administrare será considerado como mandatario del otro. Si los bienes comunes

fueran inmuebles o muebles preciosos no podrán ser enajenados, sino de común acuerdo." ¹²⁸

La separación de bienes, era alternativo, pues podía ser absoluta o parcial, (artículo 1975)

En la primera, los cónyuges se obligaban a conservar la propiedad, administración y goce de los bienes que llevaban al matrimonio o los adquiridos después, respondiendo exclusivamente de sus deudas. De manera que existe, en este tipo de régimen absoluto, la ventaja de armonizar totalmente la capacidad legal de la mujer casada.

En el segundo régimen alternativo (parcial), que bien se asemejaba a los bienes de la comunidad legal, solo que de manera parcial (los esposos) estipulaban dentro de la presentación de las capitulaciones matrimoniales, al momento de celebrar el matrimonio, regulaban la forma de indicar cuales eran los bienes propios de cada uno de los cónyuges, así como las utilidades para garantizar el patrimonio de la comunidad conyugal, es decir, la manera de atribuir las necesidades del hogar, la asistencia mutua y de los hijos, y las de responder por las deudas contraídas por cualquiera de ellos, para atender tales requerimientos (típicas cargas del matrimonio, con sus respectivos bienes e ingresos).

Así como lo establece en el artículo 1977: la separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los puntos que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, se regirán por los preceptos que arreglan la sociedad legal, a no ser que los esposos constituyan acerca de ellos la sociedad voluntaria.

¹²⁸ MARTINEZ Arrieta, Sergio Tomás, *Op.Cit*, pag.138

En este sistema, todos los frutos y acciones o utilidades, no serán comunes, sino del dominio exclusivo de la persona, quien responde de sus deudas y créditos, de esta forma la capacidad legal, y los derechos y obligaciones surgen recíprocamente entre los cónyuges.

" La relación de los bienes matrimoniales se consagran legalmente los dos sistemas referidos, que incluye la posibilidad de que los dos se combinen en un matrimonio, en el evento en que la separación de bienes sea únicamente parcial, dado que al no incluirse íntegramente en ella a todos los bienes del patrimonio, al remanente de ellos, será objeto de la sociedad conyugal que deberá constituirse."¹²⁹

3.9 CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL 1928

Este Código Civil se caracterizó por la obligación de pactar capitulaciones matrimoniales entre los cónyuges. A falta del convenio era nulo el contrato matrimonial por falta de forma, ya que era una de los requisitos esenciales para integrar la relación nupcial.

A diferencia de su antecesor, los consortes tenían que presentar forzosamente un convenio en el cual expresaran la manera de cómo se ha de administrar el patrimonio conyugal. Ya sea bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes.

" Adoptó esta ley, una posición transaccional, puesto que dejó al convenio expreso o forzoso de los futuros cónyuges la

¹²⁹ MAGALLON Ibarra, Jorge Mario. Op.Cit. pág 317

cuestión de sus bienes presentes o futuros, ya que al presentar el convenio se constituía el elemento principal del contrato matrimonial.”¹³⁰

De esta manera, la obligación de contratar el sistema patrimonial, surge de aspecto legal e imperativo; pero dentro del convenio conyugal, la decisión voluntaria es de los contrayentes. Pues en la primera, surge desde el momento en que se celebra el matrimonio, y la segunda es cuando se pactan las capitulaciones matrimoniales (artículo 97, fracciónV), en donde expresa literalmente que el convenio que los pretendientes presenten, deberán contraerse bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes.

Esta ley previno, la de dar seguridad a los contratantes, de manera que exista certeza y confianza en cuanto al régimen de bienes, que se obtiene por el convenio que al efecto celebran los esposos y no por presunción legal, puesto que la prioridad básica de este Código era mantener económicamente las bases contractuales de la relación social. Por lo tanto, al celebrarse la sociedad voluntaria, los contrayentes tendrían que constar en escritura pública las propiedades que los esposos hayan pactado, o bien hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes. (artículo 185)

“ Desde el punto de vista del derecho notarial, la cuestión de los regimenes patrimoniales del matrimonio tiene una importancia grandísima, ya que la propiedad de los bienes de los cónyuges se modifica conforme al régimen jurídico bajo el cual se hayan casado. Un bien determinado puede ser la propiedad de un

¹³⁰ MARTINEZ Arrieta, Sergio Tomás. Op.Cit. pág. 32

ente jurídico distinto de ambos cónyuges sujeto a una modalidad especial de propiedad, según el régimen bajo el cual se haya contraído matrimonio, las personas que en un momento dado se presenten ante un notario, tratando de enajenar o de ejercitar actos de dominio sobre ese bien establecido.”¹³¹

El régimen de sociedad legal, consiste en la formación y administración de un patrimonio común diferente de los patrimonios propios de los consortes y cuya representación exclusiva y plena corresponde alguno de los dos cónyuges o bien a ambos, así como en su dominio de los bienes comunes mientras subsista la sociedad. (artículo 194)

Otra forma legal era el de separación de bienes, que podía ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no esten comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos (artículo 208).

Este tipo de régimen podía establecerse durante el matrimonio, a solicitud de los consortes, por sentencia judicial.

Las capitulaciones en que se pactaba la separación debienes antes del matrimonio no se requería en escritura pública, pero si debía contener un inventario de los bienes y deudas de los esposos, en dado caso, si durante el matrimonio los conyuges decidían convertir de este tipo de régimen al de sociedad conyugal.

¹³¹ Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales. Colegio de Estados de Derecho Privado. Edit. Jus, México. 1953, pág. 17

Cuando el régimen de separación era absoluto o parcial, los cónyuges conservaban la plena propiedad y administración los bienes que les pertenecían, así como los frutos y accesorios, pero no se alteraba la obligación de cada cónyuge de contribuir a la educación y alimentación de los hijos, así como las demás cargas del matrimonio.

IV. EL PATRIMONIO EN EL MATRIMONIO EN EL DERECHO FAMILIAR DISTRITAL

4.1 EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.

En nuestro Código Civil, no contempla específicamente el régimen patrimonial del matrimonio en relación a los bienes de los cónyuges, sino que lo establece de manera general como patrimonio familiar, en donde posee los tres elementos (además de ser una Institución jurídico-social): que es un conjunto de bienes, de derechos y obligaciones, que tiene un destino o fin económico, y que esta organizado jurídicamente como una masa autónoma representada, e igualmente incluye a todos los miembros de una familia común; quienes gozan de bienes patrimoniales propios y como consecuencia surge un representante legal.

" Este patrimonio de familia es el régimen matrimonial de bienes porque contraen consecuencias de carácter económico, y notoriamente surge un administrador propio y beneficiarios definidos, uno de los cuales puede ser el cónyuge y en general los hijos del matrimonio." ¹³²

De esta manera el patrimonio no pasa directamente a la familia, sino que la mantiene en su haber el dueño que cimentó la organización familiar consanguínea, es decir, el jefe de familia, quien la ha afectado para que ningún acreedor pueda tocarla, pero tampoco los integrantes del patrimonio que conforman el matrimonio pueden disponer de ella, porque es parte de la sobrevivencia del núcleo familiar.

¹³² IBÁÑEZ DE MOYA Palencia, Marcela. EL REGIMEN DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO, México, Facultad de Derecho, 1959, pág 27

Porque, " es un derecho real de goce, gratuito, inalienable e inembargable constituido con aprobación judicial sobre una casa- habitación y en algunos casos de parcela cultivable, que confiere a una familia determinada la facultad de disfrutar dichos bienes, los cuales deberán restituirlos al dueño constituyente o a sus herederos." ¹³³

De esta forma proporcionan una seguridad jurídica y económica al grupo familiar, ya que esta organizado como régimen transitorio y condicionado a la existencia del matrimonio.

Por tal motivo, MARTINEZ ARRIETA, señala que : "El rémen patrimonial del matrimonio es el vínculo jurídico que gobierna las relaciones patrimoniales que con motivo del matrimonio nacen respecto de los cónyuges entre sí frente a sus hijos y otros terceros." ¹³⁴

La afectación tutelar, las garantías y la descentralización administrativa de los bienes del patrimonio familiar nos hacen clasificarlo como régimen patrimonial del matrimonio, ya que puede constituirse con bienes propios del cónyuge constituyente, por lo que puede clasificarse como régimen patrimonial accesorio y potestativo, pero no por ello los acreedores alimentistas dejen de exigir judicialmente su constitución en un momento determinado de acuerdo con el artículo 734 del Código Civil del Distrito Federal.

¹³³ MUÑOZ, Luis. COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL, México, Facultad de derecho, 1946, pág 159

¹³⁴ MARTINEZ, Arrieta Sergio tomás, EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN MÉXICO, edit. porría, pág 5

De esta manera, " garantizan el cumplimiento de las obligaciones asistenciales entre los miembros de una familia además de que proporcionan una seguridad económica al grupo familiar. Estos bienes destinados quedan afectos en forma exclusiva a tal finalidad." ¹³⁵

De este modo, el patrimonio familiar esta destinado a asegurar la prosperidad económica de los miembros que la conforman, por lo tanto resulta ser propiedad inembargable, no puede darse en garantía, ni sujetarse a gravamen alguno, es imprescriptible por el solo transcurso del tiempo, ya que puede durar diez, veinte o treinta años. Por lo tanto no resulta suficiente para que desaparezca o pueda sujetar a embargo ni a operación comercial alguna, porque es parte de la subsistencia de la prole, sobretodo a los que carecen de personalidad jurídica, es por ello que la ley protege al titular que sustenta el derecho de propiedad, que tiene un destino común: proteger económicamente a la familia y sostener el hogar.

" Los patrimonios de destino o afectación, que se caracterizan como universalidades de hecho que la ley regula de manera autónoma para la realización de los fines jurídicos y económicos, no basta la simple finalidad económica sino esta reconocida por el derecho. Tal reconocimiento existirá cuando a través de un régimen jurídico se destinen ciertos bienes a la satisfacción de necesidades especiales, creándose un estatuto también especial para originar un régimen de excepción dentro del derecho civil patrimonial." ¹³⁶

¹³⁵ GALINDO, Garfias Ignacio. DERECHO CIVIL, edit. Porrúa, México 1999, pág 461

¹³⁶ ROJINA, Villegas Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO, edit. Porrúa, México, 1998, pág 55

A esto le agregamos los diversos regímenes patrimoniales por causa del matrimonio, señalando en especial a las capitulaciones matrimoniales que bien es un instrumento jurídico que avala los bienes pertenecientes del núcleo familiar (que pueden ser registrados ante una notaría pública) ya que responde a una necesidad social de protección

Otra forma jurídica para manifestar la integración del patrimonio familiar es representar por escrito ante el juez de lo familiar (por medio de un representante) designando con toda precisión y de manera que pueden ser inscritos en el Registro Público los bienes que van a quedar afectados (art.731, 732 del Código Civil)

Además comprobará lo siguiente:

- I. Los nombres de los miembros de la familia
- II. El domicilio de la familia
- III. El nombre del propietario de los bienes destinados para constituir el patrimonio familiar, así como la comprobación de su propiedad y certificado de libertad de gravámenes, en su caso, excepto de servidumbres; y
- IV. El valor de los bienes constitutivos del patrimonio familiar.

La cual, (según el artículo 730 del Código en cita) no podrá exceder por la cantidad resultante de multiplicar por el factor 10.50 por el importe de tres salarios mínimos generales diarios en el Distrito Federal, en la época en que se constituya el patrimonio, autorizando como incremento anual el porcentaje de inflación que determine el Banco de México.

El patrimonio familiar se puede extinguir cuando los beneficiarios cesen de tener derecho de percibir alimentos, cuando la familia sin causa justificada deja de disfrutar por un año la casa que le servía de morada, o por causa de utilidad pública se expropian los bienes que lo forman (art.741).

Sin embargo, extinguido el patrimonio familiar, los bienes que lo forman vuelven al pleno dominio del que lo constituyó o pasan a sus herederos si el titular ha muerto.

4.2 EFECTOS DEL MATRIMONIO, LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE LOS CONYUGES.

A diferencia de las relaciones patrimoniales o económicas que son de carácter jurídico, las relaciones personales entre los cónyuges tienen fundamento de carácter moral, y son incorporadas al derecho en la medida en que perjudican a su compañero (a) y en consecuencia tienden a lastimar a terceras personas.

Estos efectos de carácter moral están legitimados por el principio de reciprocidad o igualdad, como lo manifiesta en su artículo 2º del Código Civil primera línea en donde establece que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. En consecuencia, la mujer no queda sometida por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.

De esta manera, nuestro código establece la igualdad jurídica de dos personas de diferente sexo, por lo tanto en el contrato de matrimonio se crean los mismos derechos para ambas

partes, así como también la relación legal que vincula a los consortes en una comunidad plena, pero para ello se necesita una serie de normas de comportamiento ético-humano; como por ejemplo, el deber de respeto mutuo que se les impone a los cónyuges, esto es, que mantengan la fidelidad recíproca entre ellos.

" La fidelidad es un derecho que implica fundamentalmente la facultad reconocida por la ley, para exigir y obtener de otro cónyuge una conducta decorosa, y por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones íntimas con personas de otro sexo, que sin llegar al adulterio si implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge."¹³⁷

Para que se lleve a cabo esta valoración ética se tiene que establecer una comunidad plena de confianza mutua fraternal y de vida marital, en donde se le atribuye el origen de compartir la fidelidad, en especial a la cohabitación conyugal, en el cual se manifiesta que los esposos se tienen amor marital de voluntad recíproca, que actualmente se entiende este débito en una forma mas personalísima, mas unitiva y de mutua entrega. Es un deber permanente entre iguales, complementario, se exige de manera bilateral, además es impuesto por nuestra sociedad como una obligación de contribuir con la perpetuación de la especie humana como nos lo indica en los siguientes artículos del Código Civil:

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

¹³⁷ ROJINA, Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO (derecho de familia) edit. Porrúa, 9° edic. 1998, pág. 316

Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que la ley exige.

162: Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

En el mismo artículo (162) párrafo segundo, y en el artículo cuarto, párrafo tercero de nuestra Constitución Política indican lo siguiente: Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Es por ello que en nuestro derecho, reconoce de manera esencial a los contratantes del matrimonio dándole un especial énfasis al estado civil de los casados, nombrándolos como cónyuges, pues son la base que integran la unidad familiar consanguínea o adoptiva, originándose el deber de lealtad entre los consortes, es decir la fidelidad.

" La fidelidad nace del matrimonio y comprende no solo los actos de no hacer relativos a abstenerse de relaciones genito sexuales con persona distinta del cónyuge, sino en especial al complemento de la promesa dada y el compromiso diario y permanente entre cónyuges. Comprende la permanencia del matrimonio como forma y comunidad de vida."¹³⁸

La fidelidad es un elemento importante durante la vida matrimonial, por lo tanto es un deber recíproco personalísimo y

¹³⁸ CHAVEZ, Ascencio Manuel. CONVENIOS CONYUGALES Y FAMILIARES, edit Porrúa, S.A. México 1991.
pág 19

también íntimo entre los esposos, invariablemente ligado a la cohabitación, no se limita a lo sexual sino que abarca la intimidad exclusiva que se le debe al compañero de toda la vida.

“ Es un concepto de buena fe, en este tipo de contratos matrimoniales, es un concepto de contenido moral que protege no solo la dignidad y el honor de los cónyuges sino la monogamia, base de la familia, que comprende el deber recíproco de los cónyuges de exigir del otro la prestación del débito carnal.”¹³⁹

Los actos que violen el deber de fidelidad entre los esposos, dan lugar a una sanción, en cuanto alguno de ellos revela ante el representante judicial que han lesionado su honor y la dignidad de alguno de los contratantes. Es por ello que el Código Civil enumera la fracciones I, II, III, IV ,XI, XVII, XX, del artículo 267 de nuestra ley el modo en que los cónyuges manifiestan que han roto la intimidad carnal y moral de alguna de las partes y por lo tanto se disuelve el contrato nupcial.

Otro efecto personal de las partes contractuales, es el relativo a la ayuda y auxilio mutuo, que es una garantía de carácter sentimental entre ambos, en el cual se juega el tiempo y el espacio incondicional, es por ello que tienen que vivir juntos, pues ambos se comprometen desde un principio a la procreación común. Que es una de las finalidades del matrimonio y por consiguiente de nuestro estado de derecho.

¹³⁹ GALINDO, Garfias Ignacio, Op.Cit. Pág. 569

“ El respeto entre los esposos es otro de los valores conyugales y familiares. Este se encuentra y se promueve en el matrimonio y esta relacionada con la procreación humana” ¹⁴⁰

La unidad conyugal esta ostentada en la propia naturaleza, que es el desarrollo de la procreación humana y educación de la familia. El deber de procrear una vida esta dentro de la propia existencia del hombre, es una exigencia de la misma sociedad ya que con ello involucra a la esencia de la mortalidad humana , por eso se le considera como una obligación y un derecho fundamental propio de los cónyuges. Este deber corresponde el derecho al respeto de la vida humana desde el inicio de su concepción, es por ello que a la integración de un nuevo matrimonio, el primer requisito indispensable es el amor (tanto carnal como espiritual) entre un hombre y una mujer, que esta establecido como una regla moral, además debe ser de libre voluntad para lograr realizar la comunidad de vida marital indefinida.

“ Esta comunidad de vida conyugal exige una recíproca obligación de asistencia, ayuda, cooperación, defensa y atención entre los esposos para lograr o facilitar al menos la consecución de sus respectivas finalidades como personas. La natural colaboración que se necesita entre todos los miembros de la sociedad.”¹⁴¹

La vida nupcial compartida que exige nuestro estado de derecho, es parte de una necesidad interior humana, es decir, el ser humano al llegar a ser adolescente o adulto requiere de un

¹⁴⁰ CHAVEZ, Ascencio Manuel. *Op.Cit.* pág. 20

¹⁴¹ RUIZ, Serramalera Ricardo. DERECHO DE FAMILIA, edit, Religraf, S.a, Madrid 1988, pág. 99

compañero para proveerse de vida, por lo tanto, en nuestra legislación se prevee el respeto a la dignidad tanto de la esposa como del marido; que es uno de los valores éticos mas importantes de nuestro entorno social, que gracias a nuestro régimen, es allí en donde se forma la familia.

4.3 DIVERSOS REGIMENES MATRIMONIALES Y APORTACIONES MATERIALES

El matrimonio esta contemplado como una institución social y jurídico con personalidad propia reconocido por el Estado que constituye como consecuencia bienes para su subsistencia; por lo tanto, los cónyuges son los que deciden la forma por el cual se han de administrar el patrimonio conyugal, para dar satisfacción a las necesidades básicas de los miembros que la conforman y la fijación de la medida de la distribución de cada uno de los esposos para soportar las cargas de los gastos de manutención. Debido a esta situación la ley prohíbe embargar, enajenar los bienes pertenecientes del fondo social del matrimonio; ya que por los general son integrdos por la casa-habitación y en algunos casos la parcela cultivable (artículo 723 del Código Civil) siempre y cuando no excedan de la cantidad que resulte multiplicar por 10,950 por el importe de tres salarios mínimos generales vigentes por el Distrito Federal, al momento de constituirse dicho patrimonio (artículo 730 del Cód. Civil).

" La unidad de la vida conyugal y familiar produce la unidad del presupuesto doméstico, no se distinguen los gastos relativos a uno de los cónyuges de los relativos al otro, sino

que se confunden en la categoría única de los gastos familiares o cargas del matrimonio.”¹⁴²

Es por ello que el artículo 2 de nuestro Código Civil, establece la igualdad jurídica del hombre y la mujer, por lo tanto les compete a los dos la responsabilidad de sufragar los gastos de manutención que se generen en el hogar. De esta manera y como consecuencia la ley dispone en su artículo 178, la forma contractual de como se han de administrar los bienes dentro del matrimonio, ya sea bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes.

En el artículo 183 de la ley en cita, manifiesta en primer término el régimen de sociedad conyugal, dándole prioridad especial con el acto constitutivo de las capitulaciones matrimoniales, llamado también como convenio que celebra entre sí los cónyuges, para estipular el régimen de propiedad y disfrute de los bienes que les pertenecen o que en lo futuro les pertenezcan, así como los frutos de sus bienes.

“ El régimen denominado sociedad conyugal establece una comunidad entre los consortes, sobre la totalidad de los bienes o frutos habidos antes o durante el matrimonio, además de que tanto el marido y la mujer llevan cuanto tienen y obtengan cada uno en lo futuro (bienes, rentas, ganancias, sueldos, salarios, emolumentos, etc.) para sufragar los gastos de la comunidad de vida que establecen entre sí; en este caso estaremos en presencia de una sociedad conyugal universal.”¹⁴³

¹⁴² ROJINA Villegas, Rafael *Op. Cit.* pág. 323

¹⁴³ GALINDO, Garfía Ignacio. *Op. Cit.* pág 585

Retomando, la sociedad conyugal universal forma una unidad totalitaria, en donde no se transmiten bienes ni derechos reales, pues los bienes que los esposos aportan se fusionan persiguiendo fines económicos de conservación y aprovechamiento mutuo, es una comunidad de intereses que responde a los cónyuges que unen sus personas y sus bienes.

A tal respecto, Martínez Arrieta nos establece que " la comunidad conyugal refleja una característica de sociedad civil a través de dos personas, que ponen en común sus bienes y en el mayor de los casos sus esfuerzos para la consecución de un fin lícito. Es por ello que los consortes deben aportar bienes que generen ganancias, que es la masa que se incrementa durante el matrimonio que persigue como fin el sostenimiento de las cargas del hogar conyugal." ¹⁴⁴

Ahora bien, el dominio de los bienes que conforman el patrimonio universal reside tanto en el varón como en la mujer quienes de común acuerdo decidirán quien de los dos será el administrador (artículo 194 del Cód. Civil); además el fondo de la sociedad conyugal se forma única y exclusivamente de los frutos, utilidades y productos que durante el matrimonio se obtienen en los bienes propios de los cónyuges y de los adquiridos por ellos.

Es por ello que Rojina Villegas nos explica: "que la sociedad conyugal tiene dos objetivos distintos pero señalando para el bien común matrimonial, el primero lo llama como objeto directo que consiste en la constitución de la persona moral mediante la aportación de bienes que constituyen el activo de las

¹⁴⁴ MARTINEZ,Arrieta Sergio tomas. Op.Cit. pág. 115

mismas deudas que integran el pasivo; el segundo lo nombra como objeto indirecto y que esta representado por el conjunto de bienes presentes y futuros por las deudas y obligaciones que los forman respectivamente el activo y pasivo de la sociedad.”¹⁴⁵

Es decir, que estos bienes que constituyen el patrimonio familiar consolidan económicamente a la familia, desde dos puntos de vista: por un lado lo hacen mediante la afectación de ciertos bienes que complementan a la satisfacción de las necesidades de este grupo, y por el otro substraen la acción de los acreedores para que puedan cumplir su destino de servir al sustento de los miembros del grupo que lo conforman.

Debido a esta situación los legisladores determinaron que los bienes que conforman el patrimonio conyugal son inalineables, inembargables y no podrán estar sujetos a gravamen alguno (artículo 727 Cód. Civil)

De tal manera Sanchez Medal nos indica: “Que durante la existencia de esta sociedad los consortes solo tienen un derecho de crédito diferido a obtener una cuota de liquidación sobre las utilidades de determinados bienes de los cónyuges y exigible desde el momento de disolverse .”¹⁴⁶

A esto se debe que la sociedad conyugal se rige por los principios de equidad y justicia, con la situación mutua de colaboración y esfuerzos que vincula a los esposos, que obtienen un derecho igual sobre los bienes, de manera que son -participes tanto en los beneficios como en las cargas, sus partes serán mitad y serán las disposiciones legales que determinaran la

¹⁴⁵ ROJINA Villegas, Rafael, *Op.cit.* pág. 347

¹⁴⁶ SÁNCHEZ Medal, Ramón. *DE LOS CONTRATOS CIVILES*, 4º edic. edit. Porrúa, México, 1978, pág. 352

copropiedad sobre ellos, además de que también se deben de considerar los bienes que a título gratuito hayan adquirido los consortes, ya sea por donación o herencia lo contrario iría en contra de la voluntad de las partes que optaron de manera libre por las mancomunidad de bienes en su modalidad universal, pues con ello sustentan la organización jurídica destinada a realizar el interés colectivo. Es por ello que la sociedad conyugal no tiene personalidad jurídica, distinta la de los socios, sino que simplemente un patrimonio común, constituido por los bienes que señalan los consortes para que formen parte de él y en el cual el dominio de los bienes reside en ambos cónyuges durante el tiempo en que dura la sociedad conyugal. Supuestamente este régimen se rige por las capitulaciones que realizan los esposos y que deben contar en escritura pública cuando se pacte la participación o transferencia de bienes que así lo requieran (artículo 185 Cód. Civil) y deben, en todo caso, contener:

- Lista detallada de los bienes inmuebles que cada cónyuge lleve a la sociedad, con la mención de su valor y los gravámenes que reporten.

- Lista especificada de los bienes muebles que cada cónyuge aporte a la sociedad.

- Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder por ellas o si solo lo hará de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por uno o ambos con-sortes.

La declaración expresa de si la sociedad ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de

ellos, precisando, en este último caso, cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad.

- Declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de los consortes o solo sus productos. En uno y otro caso se determinaría con toda precisión la parte que corresponde a cada cónyuge.

- Declaración de si el producto del trabajo de cada cónyuge corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en que proporción.

- Declaración de quién ha de ser el administrador y las facultades que se le conceden.

- Declaración acerca de los bienes futuros, expresándose si han de pertenecer exclusivamente al cónyuge que los adquirió o si han de repartirse, y en que proporción.

- Las bases para liquidar la sociedad.

En la actualidad, los matrimonios que solicitan este régimen, es difícil que sus bienes mancomunados lo manifiesten ante una notaría pública, por lo tanto y solo por raciocinio en una sentencia judicial se establece que a cada cónyuge le corresponde el cincuenta por ciento de las ganancias que adquieran durante el matrimonio, al momento de disolverse esta sociedad, o cuando los esposos manifiestan su inconformidad de que el responsable de la administración conyugal haya manejado mal el patrimonio nupcial (artículos 187 y 188 del Cód.Civil).

Otro sistema de régimen patrimonial para solventar los gastos que se generen durante el matrimonio: es la separación de bienes que esta previsto en el artículo 207 del Código Civil, en donde establece su existencia con la celebración de las nupcias o por convenio durante la subsistencia del matrimonio o por sentencia judicial, sin embargo, dentro de éste régimen se dan dos alternativas para la administración patrimonial del hogar, que bien puede ser absoluta o parcial, en el cual los cónyuges conservan la propiedad y libre administración de sus bienes que les pertenecen, por lo tanto, todos los frutos y accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de cada uno de los consortes (artículo 212 del cód. Civil); pues el contrato matrimonial solo se lleva a cabo en unión de dos cuerpos con respectivas emociones internas y externas, de tal manera que de manera personal y sin formalidad escrita se indica la forma de solventar los gastos económicos que se generan dentro del hogar conyugal, ya que se les compete por derecho propio a los dos esposos, aún siendo que este régimen es un sistema individualista, en el cual cada uno de ellos es titular, no solo de la propiedad de cada bien, sino del goce y disfrute de la libre administración del resultado de su trabajo ya sea en lo doméstico, laboral o comercio.

" Los patrimonios personales quedan perfectamente definidos, son bajo este punto de vista, dos extraños, con sus derechos y obligaciones propios e independientes, y basta la presentación del acta de matrimonio que mencione esta circunstancia para que cualquier tercero que contrate con alguno de los cónyuges sepa con toda claridad el régimen matrimonial a

que esta sujeto" ¹⁴⁷ A esto se debe a que cada cónyuge responde individualmente por las deudas que contrae y los bienes del otro no quedan afectados, en principio por esa responsabilidad, es decir, el matrimonio no altera el régimen de propiedad de los bienes, que siguen perteneciendo al consorte adquirente: cada cual adquiere para sí y administra y dispone de lo adquirido.

La otra alternativa de sistema patrimonial en el matrimonio: es la llamada sociedad conyugal parcial o bien autores como Rojina Villegas y Galindo Garfias la han nombrado como régimen mixto.

De donde deducen que: " El marido y la mujer pueden aportar una parte para sí mismos, ya sea incluyendo en la contribución de una porción de sus bienes y la totalidad de sus frutos o propiedades y una porción de sus productos o solamente los frutos que produzcan los bienes. De esta manera el sistema patrimonial dentro del matrimonio se le denomina -como régimen mixto". ¹⁴⁸

En este supuesto, entre los cónyuges mantienen un sistema de participación activa, simultánea, de reciprocidad, solidaria, constante y voluntaria, en el cual integran un tributo, sea económica o de carácter patrimonial, para uso exclusivo de la sociedad nupcial, garantizando el sustento de los pasivos acreedores y de los esposos que conforman el hogar además ofrecen la protección y seguridad futura de un divorcio o en caso de muerte de alguno de los dos.

¹⁴⁷ PACHECO Escobedo, Alberto. LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO(Régimen supletorio del contrato de matrimonio en relación a los bienes), edic. 2º. Panorama Editorial, S.A. México. Págs. 118-119

¹⁴⁸ GALINDO Garfias, Ignacio. Op.Cit. pág. 568

" En cuanto al tiempo este sistema mixto tiene sus ventajas, que puede ocurrir una situación intermedia, por cuanto que la separación de bienes se pacte durante el matrimonio o sobrevenga como efecto de una sentencia que así lo determine."

149

Otro sistema de régimen patrimonial en el matrimonio que se da entre los cónyuges, como un ingrediente económico para acrecentar el patrimonio común: son las donaciones en razón del matrimonio.

Como nos lo indica el artículo 219 en su fracción primera: en donde llama antenuptiales las donaciones realizadas antes del matrimonio, entre los futuros cónyuges, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado, así como en el segundo fragmento del mismo precepto establece que son también donaciones antenuptiales las que un extraño hace alguno de los esposos, a a ambos en consideración al matrimonio.

Sin embargo, en cuanto al valor de los bienes que pueden ser objeto de esta clase de liberalidades entre los futuros cónyuges, la legislación manifiesta que no podrán exceder de la sexta parte totalitaria de los bienes pertenecientes del donante, pues en caso contrario será inoficiosa (artículo 221) al igual se establece para un extraño para la relación dentro de una donación nupcial (artículo 222).

¹⁴⁹ ROJINA Villegas, Rafael. Op.Cit. Pág. 365

" Este régimen de las donaciones antenuptiales se caracterizan por una notable restricción a la autonomía de la voluntad."¹⁵⁰

La eficacia de este tipo de obsequios depende de la celebración del matrimonio, ya que una vez consumado el matrimonio, las donaciones no serán revocables ni por sobrevenir hijos al donante (artículo 226), porque se llevó a cabo de manera personal, pues solamente serán anuladas en tanto que el donador demuestre el adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal por parte de su cónyuge.(artículo 228)sin embargo, también queda sin efecto estas donaciones ante nupciales en caso de que el matrimonio no se realice.

Otro tipo de régimen especial, previsto en nuestra legislación, son las donaciones entre consortes, que al igual que la anterior no pueden ser revocadas a no ser que, mientras subsista el matrimonio el donador demuestre ante el Juez una causa justificada para anular dicha donación. (artículo 233 del Código en cita)

Una de las características elementales de las donaciones,es que no podrán ser contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen a terceros acreedores alimentistas (hijos o padres, artículo 232 del Cód. Civil); también podrán anularse en caso de que no sean inoficiosas (art. 234).

" Debe suponerse que los consortes no sólo están unidos por el interés, sino más aún por el sentimiento, y como esta se expresa frecuentemente por medio de dávidas, es indispensable impedir el abuso que pueda hacerse; por cuyo motivo se dispone

¹⁵⁰ ROJINA Villegas, Rafael. Op.Cit. pág. 359

que cualquier cesión que se hagan los consortes queda sujeta a las reglas de la donación.”¹⁵¹

Que también pueden confirmarse con la muerte del donante puesto que se da dentro del contrato del matrimonio, además de que deben ser lícitas.

4.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL MATRIMONIO

Por virtud de la celebración del acto jurídico, se crean derechos y obligaciones durante el tiempo en que se prolonga la relación jurídica nupcial, en donde se encuentra la libre disposición humana, provocando una situación al nacimiento de un estado familiar (matrimonio), con sus respectivas normas morales y además del sistema legal, en el cual establece las relaciones conyugales contractuales.

“ Los derechos y obligaciones que generan las relaciones conyugales, surgen de la naturaleza orgánica del hombre y lleva el sello de la necesidad. Es una relación necesaria para el hombre que deriva de una conexión íntegra; influye tanto en los deberes como en las obligaciones familiares.”¹⁵²

Estas obligaciones están estipuladas en los títulos quinto y sexto en sus respectivos capítulos II y III del Código Civil del Distrito Federal, por lo tanto son consideradas de orden público, pues la institución nupcial es una comunidad de vida, y como todo grupo humano esta constituido por valores éticos, es por ello que en representación, el Estado ayuda a

¹⁵¹ MARTINEZ Arrieta, Sergio Tomás. Op.Cit. pág. 170

¹⁵² CHAVEZ Ascencio Manuel, Op.Cit. pág. 21

mantener el orden, la seguridad, el bien común del grupo, y así los cónyuges (jurídicamente) necesitan de los elementos de carácter económico que les sirva de sustento a nivel social y legal; ya que normalmente la sociedad conyugal se procura lo que necesita para sobrevivir.

Como lo indica el artículo 164 del Código en cita, en donde establece que los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a la alimentación y a la de sus hijos, así como en la educación de estos, en la forma y proporción que acuerden para estos efectos según sus posibilidades.

" El matrimonio produce entre los cónyuges las obligaciones de darse alimentos, que comprende todo lo necesario para la vida, tanto en estado de salud como enfermedad, es decir, los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad." ¹⁵³

En coordinación con el artículo 164 y 301 del Código Civil, el importe de la pensión alimenticia se fija siempre tomando en consideración la posibilidad del que debe darla y la necesidad del que debe recibirla, esto es, que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio deberán ser siempre iguales.

" Marido y mujer se deben recíprocamente cuidado y protección, que desde el punto de vista central, se concreta sobre todo en la obligación de contribuir a las necesidades

¹⁵³ Tribunal Superior de Justicia. Op.Cit. pág. 108

familiares en razón de la propia subsistencia y de la propia capacidad del trabajo aún en el hogar.”¹⁵⁴

Esta responsabilidad jurídica y social de los derechos y obligaciones que se da entre los cónyuges dentro del matrimonio es de manera equitativa, aún cuando solo uno de ellos sostiene el hogar económicamente y el otro se dedica al aspecto doméstico, el deber del primero es solventar las necesidades elementales que requiere un ser humano para sobrevivir, como el vestirse, alimentarse, procurarse de una vivienda digna, para poder constituir una familia consanguínea física y psicológicamente sana, como resultado de la unión marital de una relación nupcial, que es la manera de complementarse recíprocamente que como consecuencia lleva a la supervivencia de la generación o procreación de la conservación de la especie humana.

En el artículo 216 del Código Civil establece ninguno de los dos cónyuges podrán cobrarse de los servicios persona que se presten o consejos y asistencia que se dieran durante el matrimonio, mas sin embargo en el segundo párrafo nos indica que si alguno de los esposos se encarga temporalmente de la administración de los bienes del ausente o impedido, tendrá derecho a que se le retribuya por este servicio en proporción a su importancia.

“ Estos derechos y obligaciones orientados a la constitución y mantenimiento de la morada en el domicilio conyugal que comprende la casa familiar, incluyendo lo relativo al patrimonio de familia.”¹⁵⁵

¹⁵⁴ BRANCA, Guiseppa. INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO. Edit. Porrúa, México, 1978. pág 128

¹⁵⁵ CHAVEZ Ascencio, Manuel, Op.Cit. pág. 22

Esta disposición esta relacionada con el régimen patrimonial de bienes, en el capítulo de separación, por lo tanto se hace referencia al aspecto patrimonial económico y establece la obligación entre consortes de darse servicios personales, consejos y asistencia, en el área de sus deberes y derechos, además de tener autoridad en el hogar y consideraciones iguales (artículo 164 del Código en cita) pudiendo desempeñar cualquier actividad, excepto lo contrario a la moral y buenas costumbres de la estructura del matrimonio y como consecuencia de la familia y sociedad.

" Como en toda comunidad, en el matrimonio y en la familia, debe haber autoridad, y que debe ser compartida (artículo 168 código del Distrito Federal) y debe tenerse como un servicio entre cónyuges y a favor de los hijos."¹⁵⁶

Otro derecho que se tienen entre los cónyuges; es el derecho a la sucesión testamentaria.(artículo 1624 del Cód. Civil).

Otra obligación y derecho que se tienen entre los cónyuges frente al Estado y la sociedad, es lo relativo a la condición jurídica de reconocerse como casados, esto es, a la mujer se le denomina esposa y al hombre marido, esposo.

4.4 EL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS EN EL PATRIMONIO DISPOSICIONES DEL CODIGO CIVIL VIGENTE DEL DISTRITO FEDERAL

¹⁵⁶ CHAVEZ Ascencio,Manuel, Op.Cit. pág. 24

Al integrarse el enlace nupcial en un acto jurídico que trasciende las barreras de orden moral y ético, es obvio que también supera las relaciones de supervivencia de orden económico, es decir, en el aspecto jurídico los interesados firman también un contrato de carácter patrimonial, en el cual se estipula la manera de como se han de administrar los bienes conyugales, esto es, que se considera que existe un derecho de morada para el matrimonio a favor de los miembros descendientes de dicho casamiento, respecto de la casa-habitación, o bien un derecho de usufructo en cuanto a la parcela para el disfrute y goce de sus productos (artículo 723 Código Civil).

Se debe considerar que los propietarios o titulares del patrimonio, resultante de la convivencia material y laboral, así como en lo doméstico, sólo pueden ejercer el dominio de manera colectiva, pero de ningún modo favorecer las utilidades habidas durante el matrimonio para beneficio propio o individual.

" Se transforma en un derecho real respecto a terceros como propietarios de esos bienes, para la subsistencia de estos, pues ellos son los que conforman parte de la familia, por consiguiente, cuando el titular muere dejando acreedores alimentistas se les transfiere la nuda propiedad. El usufructo o la habitación dejara de existir cuando los beneficios dejen de necesitar esos derechos para subsistir."¹⁵⁷

El patrimonio conyugal es factible en cuanto se constituye el matrimonio, por lo tanto la propiedad de los bienes pertenecen, (en el aspecto equitativo de los productos de carácter económico) a los integrantes de la familia formada como

¹⁵⁷ ROJINA Villegas, Rafael, Op.Cit. págs. 457-458

consecuencia de una relación nupcial, es decir, las utilidades habidas en la familia creada por los cónyuges, ya sea en propiedad o en usufructo son permanentes e intrasmisibles como nos lo indica los siguientes artículos:

725: La constitución del patrimonio de familia hace pasar la propiedad de los bienes al que quedan afectos, a los miembros de la familia beneficiaria; el número de miembros de la familia determinara la copropiedad del patrimonio, señalándose los nombres y apellidos de los mismos al solicitarse la constitución del patrimonio familiar.

727: Los bienes afectos al patrimonio de la familia son inalienables imprescriptibles y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno.

Pues estos bienes son parte de la solvencia, subsistencia conservación y unificación de la Institución interna del matrimonio en el patrimonio, ya que estas dos últimas palabras se solidarizan para establecer el primer estado de derecho en nuestra sociedad, por consiguiente surgen acreedores alimentistas aún cuando, en el momento de celebrarse el matrimonio manifiestan los consortes, la forma de como han de aportar sus fondos económicos a la nueva vida nupcial, ya sea bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes, mas sin embargo existe la tendencia en nuestro derecho de proteger a aquellas personas que todavía estan en la etapa de la capacidad de goce o bien en estado de interdicción.

4.5 JURISPRUDENCIA

Al formarse un matrimonio con todos los elementos que la ley civil ordena, es de suponer también que se establecen de manera automática de como los cónyuges van a colaborar con la sobrevivencia de esa Institución ya sea moral o bien económica, aunque en ésta última tiene un especial énfasis pues entorno a la sociedad, debe permanecer la formación patrimoniales por ello que en nuestro Código Civil del Distrito Federal en su artículo 723 manifiesta de manera literal lo siguiente:

El patrimonio familiar es una institución de interés público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar.

El patrimonio familiar puede incluir la casa-habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia, así como los utensilios propios de su actividad, siempre y cuando no exceda su valor, de la cantidad máxima fijada por este ordenamiento.

Sin embargo el Código lo instituye como un asunto global donde no maneja el tipo de bienes conyugales que se hayan aportado ya sea en forma individual o mancomunados, solo lo considera como patrimonio familiar dentro de las nupcias, por lo tanto no aclara si es indefinido a la sobrevivencia de los hijos y de los esposos (cuando alguno de los dos no tiene un trabajo remunerado) porque dentro del matrimonio se puede generar la separación conyugal habiendo en muchos casos hijos menores, como consecuencia los frutos habidos durante el matrimonio se reparten en partes iguales si es que se casaron bajo el régimen de

sociedad conyugal, porque si es en separación de bienes es obvio que las propiedades a nombre de los consortes por ley son de ellos, (esto es que hablamos de una aportación individual), no obstante que los hijos menores de edad que provocan indirectamente el origen de la estructura matrimonial la ley civil los toma muy poco en cuenta, pues ala disolución del vínculo matrimonial ellos son los que pierden mas ya que solo les proporcionan el quince por ciento unicamente del sueldo generado de sus padres, es decir nadamás para subsistir en contraste con sus ascendientes, ni siquiera la autoridad competente velan los intereses de origen patrimonial, esto es que se debe repartir en tres partes iguales cuando se da el divorcio ya que es una desobligación total de los cónyuges porque ellos son los que provocan la destrucción familiar.

Sólo existe una jurisprudencia especial, del patrimonio de familia, inspirada en la legislación del Estado de Yucatán que es la siguiente para que no se extinga dicho bien:

PATRIMONIO DE FAMILIA. EXTINCION DEL, EN CASO DE DIVORCIO (LEGISLACION DE YUCATAN).

" El artículo del Código Civil de Yucatán establece:El patrimonio de familia se extingue: ...II.- Cuando se demuestra que hay gran necesidad o notoria utilidad para la familia, de que el patrimonio quede extinguido ...IX.- En caso de divorcio o nulidad del matrimonio, si no se hubiesen procreado hijos durante el matrimonio disuelto. Si hubiere hijos, el patrimonio subsistirá en beneficio de éstos, hasta que todo ellos cumplan la mayor de edad. Ahora bien, para que el

patrimonio de familia se extinga de conformidad con la fracción II citada, es necesario que se demuestre la gran necesidad o notoria utilidad para la familia; por lo que no habiendo comprobación al respecto, no puede considerarse aplicable dicha fracción, y en cambio, debe estimarse justificada la aplicación de la fracción IV, en su parte final, que habla de la subsistencia del patrimonio de familia, tratándose de un caso de divorcio, si existía un hijo del matrimonio disuelto, que no haya cumplido la mayor edad cuando se formuló el proyecto de liquidación de los bienes de la sociedad legal, ni cuando se dictó la sentencia en el juicio de divorcio en que tal liquidación fue aprobada. En tal caso, el patrimonio de familia constituido por el esposo, sobre la casa aplicada a él, al liquidarse la sociedad legal, ha debido subsistir, hasta que ese hijo llegue a la mayoría de edad." ¹⁵⁸

Aquí vemos que la potestad jurídica le da importancia solamente al patrimonio familiar, protegiendo los intereses de la familia establecida y en sus legislaciones garantiza el privilegio de la inembargabilidad de la casa- habitación donde se instala la familia, o bien la parcela cultivable para subsistir, que es registrada como patrimonio familiar. Como lo demuestra la siguiente jurisprudencia:

PATRIMONIO FAMILIAR. LOS BIENES INMUEBLES CONSTITUIDOS DE ORIGEN COMO TAL SON INEMBARGABLES AUN CUANDO NO SE ENCUENTREN

¹⁵⁸ Sem.Jud.Fed. Epoca 5ta, amparo Civil 3871/45. Villegas Garcia Feliciano. 1º de octubre de 1947. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Hilario Medina. La publicación no menciona el nombre del ponente

INSCRITOS EN EL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO).

"Los artículos 638 y 639 del Código Civil del Estado de Guerrero establecen que para la constitución del patrimonio familiar se requiere de un procedimiento judicial en el que se haga la declaratoria correspondiente por parte del juez y así poder inscribirlo en el Registro Público de la propiedad; sin embargo, tal procedimiento no es aplicable cuando la adquisición se realiza entre un particular y el Gobierno del Estado y una institución de este, cuyo objeto es favorecer o facilitar a las familias de recursos económicos escasos la formación del patrimonio de familia, como se prevé en los artículos 641, fracción III y 643 del propio código; además de que el diverso artículo 2250 del código en mención, prevé que la inscripción del inmueble adquirido como patrimonio familiar se puede hacer cuando así se exprese en el negocio jurídico, sin necesidad de declaración judicial; de ahí que el embargo que se haga de un inmueble cuya característica sea que la de que desde su adquisición, por parte del particular se haya constituido como patrimonio de familia, aun cuando no se encuentre inscrito en el Registro Público de la propiedad es ilegal, en virtud de que si bien es cierto que la falta de registro trae como consecuencia que el derecho respectivo no sea oponible frente a terceros, también lo es que el acreedor no puede prevalerse de

dicha omisión, en virtud de que éste no puede estar por encima de un derecho real.”¹⁵⁹

El derecho familiar protege a la estirpe en relación a su patrimonio, sin embargo si en caso dado no registran los bienes que favorecen a las familias, entonces no podrían comprobar (en caso de deudas) que es para mantener la constitución familiar. Como lo manifiesta también la siguiente jurisprudencia:

PATRIMONIO FAMILIAR. CONSTITUCION DEL (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).

“La Suprema Corte de Justicia ha establecido, en jurisprudencia constante, que la institución del patrimonio de familia debe ser reglamentada e inscrita en el Registro Público de la Propiedad, para saber que bienes lo constituyen y para que pueda perjudicar a terceros la designación respectiva; por lo que, aunque quede demostrado en autos, que la quejosa en amparo, es casada civilmente con el demandado y que la casa embargada es el único bien que corresponde al patrimonio, si no se demuestra por medio alguno de prueba, que la misma estuviese inscrita en el Registro Público de la Propiedad, como perteneciente al indicado patrimonio, el inferior no comete agravio alguno al no tenerlo como tal y, por tanto, no puede decirse que exista violación a los artículos 173 de la Constitución Política del Estado de Chihuahua y 27 y 123 de la Constitución General de la

¹⁵⁹ Sem.Jud.Fed.Epoca 9º .amparo 134/2001. Gloria Aguilar Diaz. 12 de junio de 2001. unanimidad de votos. Ponente: Raquel Aldama Vega. Secretario: Jose Hernández Villegas.

Faltan páginas

N° 137

**V.I. SEMEJANZAS ENTRE EL MATRIMONIO ROMANO Y EL
MATRIMONIO ACTUAL DISTRITAL.**

El matrimonio romano desde un principio fue monogámico ya que se integraba por dos personas de diferente sexo.

Al igual en nuestro Código Civil del Distrito Federal en su artículo 146 expresa textualmente: el matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las finalidades que la ley exige.

" El matrimonio es una institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios, de él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, solo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión, y aún si son éstos de orden inferior o meramente asimilados de los que el matrimonio genera"¹⁶¹

Para nuestra sociedad las justas nupcias se celebran a través de un contrato civil que generan derechos y obligaciones recíprocas condicionadas a la libre voluntad de las partes en unirse al enlace nupcial, además de la edad mínima para poder contraer matrimonio se requiere haber cumplido dieciseis años (artículo 148 del Código Civil). Esto significa que llegando a la edad núbil, hayan obtenido la capacidad física reproductiva para procrear.

¹⁶¹ ROJINA Villegas, Rafael, T.II, Op.Cit. pág.275

Al igual en el derecho romano para solemnizar las justas nupcias se exigía que los consortes se encontraran en la etapa de la pubertad, es decir que sean púberos (*); al mismo tiempo que el matrimonio se realizaba a través de un acto jurídico caracterizándose como una situación creada y condicionada a través de causas naturales y sociales ya que el tratado se realizaba con el fin de seguir con la inmortalidad de la especie humana. Mas concreto, con la estirpe del clan patriarcal.

Otro requisito de tipo biológico, dentro del contrato nupcial y que se prohíbe su realización tanto en el antiguo derecho romano como el actual son los siguientes:

A) El parentesco en línea recta ascendente y descendente sin limitación de grados;

En el Digesto; 23, 2, 53, establece lo siguiente:

" Gayo: Comentarios al Edicto provincial, libro XI; No pueden exitir nupcias entre las personas que están en el número de los ascendientes, o de los descendientes, ya sean de grado próximo, ya de remoto, hasta lo infinito."¹⁶²

Al igual en nuestro Código Civil nos indica en su artículo 156 fracción III que son impedimentos para contraer matrimonio: el parentesco de consanguinidad sin limitación de grado en línea recta ascendente y descendiente. En la línea

* Epoca de la vida en que se manifiesta la aptitud para la reproducción

¹⁶² D' ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO.T.II, Op.Cit.

grado en línea recta ascendiente y descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos.

De tal forma que la sociedad antigua como la actual intuyen que al concebir un vástago sano, se necesita vincular a dos personas de diferente sexo que procedan de familias distintas.

Otra disposición parecida al matrimonio, tanto actual como antigua es la figura del concubinato que es considerado ilegítimo para la sociedad; pero libre de toda regla jurídica con consecuencias legales.

Tuvo su gran apogeo en la época Justiniana:

" El concubinato es la relación estable con mujeres de baja condición o de cualquier rango social, ingenua o liberta con las que no se desea contraer matrimonio."¹⁶³

La actitud social de ese tiempo lo siguió considerando un tanto inmoral, como en nuestra era, donde deduce el maestro Rojina Villegas: " Parece inmoral y escandaloso sostener que el matrimonio, como pretende el Código Civil de Morelos, al darle derecho a la concubina para heredar y exigir alimentos, o bien la solución radical del Código de Tamaulipas, o la solución mas sensata de la Constitución Cubana. Pero si meditamos que exigiendo el legislador un conjunto de requisitos,tales como el estado de hecho que debe caracterizar a todo estado civil y el trato que se den los concubinos en familia y en sociedad para reputarse como marido y mujer que es la condición de fidelidad en

¹⁶³ TORRENT,Armando, Op.Cit. pág. 298

la relación marital y sentimental, entonces estaremos frente a un matrimonio social.”¹⁶⁴

Tal derivación se crean situaciones de carácter jurídico para la concubina como pedir alimentos, el derecho a heredar y el reconocimiento legítimo de sus hijos por parte su pareja. Como nos lo indica el artículo 291- Quater del Código Civil: El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.

Al igual en el Código 5,27.5 de las leyes romanas indican de manera textual lo siguiente: “ El emperador Zenon, Augusto, á Sebastián, prefecto del pretorio; renovando la sacratísima constitución del Divino Constantino que fortificó el imperio romano con la veneranda fe de los cristianos, respecto a que se tomen por mujeres a las concubinas ingenuas, y además a que se tenga por suyos y legítimos los hijos nacidos de las mismas antes o después del matrimonio...”¹⁶⁵

Ahora veamos la relación patrimonial dentro del matrimonio, que es bien cierto que para solventar los gastos que se generan durante la relación nupcial debe estar regido por la ley, en su artículo 178, de nuestro derecho establece que los cónyuges deciden la manera de administrar sus bienes. Una de ellas es la aportación de manera individual, esto es la separación de bienes; en similitud con el derecho romano los esposos, (en la época clásica) preferían celebrar matrimonio sin la autorización de sus respectivos paters, y por lo tanto no se

¹⁶⁴ ROJINA Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO II, Op.Cit. pág. 380

¹⁶⁵ D'ORS, Alvaro EL DIGESTO DE JUSTINIANO, T.IV. Op.Cit.

les obligaba a aportar su patrimonio en el momento de la celebración de las nupcias.

Otras instituciones jurídicas que tanto la ley romana como la nuestra coinciden que el patrimonio dentro del matrimonio es necesario que se obtenga de diversos modos bienes para ayudar la sobrevivencia de las nupcias, estas figuras son las donaciones antenuptiales que están estipuladas en los artículos 219: Son donaciones antenuptiales:

I.-las realizadas antes del matrimonio entre los futuros cónyuges, cualquiera que la costumbre les haya dado.

II.-Estas donaciones no pueden ser revocadas por sobrevenir hijos es esto es que nuestra ley protege el patrimonio para el bien de la familia (artículo 226 del Código en cita).

Y en la ley romana, Código 6.51.4 establece lo siguiente:

4. Los emperadores León y Antemio, Augustos á Eritreo, prefectio del pretorio: "cualquiera que sean los bienes que por dote o cualquier donación o por herencia, o legado o fideicomiso hubieren ido por razón del matrimonio quedando prohibido en absoluto la facultad de enajenar."¹⁶⁶

V.II. DIFERENCIAS ENTRE EL MATRIMONIO ROMANO Y EL MATRIMONIO ACTUAL DISTRITAL.

En el origen del antiguo matrimonio ario, las justas nupcias contenían características de tipo místico, en donde se le

¹⁶⁶ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO. T.V. Op.Cit

daba importancia al varón, pues a él se le encomendaba la tarea de seguir con la tradición social del culto doméstico de tal manera que desde un principio las justas nupcias fue de forma patriarcal.

"La estructura de la familia descansaba sobre una base religiosa para que la falta de descendencia legítima no extinguiera el culto doméstico y se rompa la serie de los descendientes, quedando excluidos los antepasados de la felicidad de ultratumba." ¹⁶⁷

La situación de la mujer en el enlace nupcial se degrado a un nivel de posesión, ya que era utilizada únicamente para procrear a favor de la descendencia de su cónyuge, y por lo tanto era integrada a los usos y costumbres de la familia del marido, de esta forma el sistema se resaltó por ser agnaticio(*).

En cambio en nuestro derecho el sistema es cognaticio(**) ya que en nuestro artículo 138-Quintus del Código Civil indica que las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos del matrimonio, parentesco o concubinato

La constitución social y legal que impera en nuestra cultura son a interés del Estado, pues se encarga de crear las disposiciones referentes a la familia a través del poder legislativo.

¹⁶⁷ TORRENT, Armando. MANUAL DE DERECHO PRIVADO ROMANO, edic. Neo 1993, pág. 538

* Es el parentesco civil fundado en la potestad paternal. La familia agnatica comprende quienes estan bajo la patria potestad a la manus del paterfamilias, este parentesco se establece por via de varones

** Es el parentesco civil fundado en los vinculos de sangre, son los descendientes de tronco común sin distinción de sexos

Como nos indica el artículo 138 ter. del Código en cita: las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros basados en el respeto a su dignidad.

En cambio en el antiguo derecho romano predominaba la Institución de la manus sobre el matrimonio, esto es, que los soberanos de cada gens, se encargaban de establecer contratos conyugales.

" La manus que era una institución de carácter patriarcal, creaba consecuencias jurídicas, como la unión sexual de sus hijos con la obligación de crear descendientes a favor del soberano. " ¹⁶⁸

El matrimonio dentro de la poderosa institución de la manus creaba solo una situación de hecho pues tenía que ser constante la relación marital entre el hombre y la mujer.

En contraste, en nuestro derecho, el matrimonio mas que una situación de hecho es mas de derecho porque en ningún momento existe una causal de divorcio en donde nos indica la negativa injustificada de cualquiera de alguno de los cónyuges de cumplir con las obligaciones maritales, pues a la constitución de la relación conyugal les corresponde la sobrevivencia de la especie humana a través del contrato de las nupcias , como nos expone el derecho romano en los textos de Modestino:

¹⁶⁸ GARCIA, Garrido Manuel J. Op.Cit. pág. 712

"1. Modestino; Reglas, Libro I.- Las nupcias son unión del varón y de la hembra, y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano." ¹⁶⁹

Esto nos indica que la unión del hombre y la mujer en el matrimonio los une a través de una relación sexual carnal y espiritual de toda la vida y como resultado surge descendencia humana, dándole el término de sagrado porque a la conjunción de dos seres de distinto sexo se conciben vidas.

Es por ello que "desde la aparición del origen del matrimonio los romanos lo celebraban a través de ceremonias o ritos de tipo religioso que consistía en un sacrificio ofrendado a Júpiter con determinadas palabras solemnes, por cuyo medio se consagraba formalmente la comunidad de vida entre cónyuges." ¹⁷⁰

En contraste en nuestro derecho el casamiento solo es solemnizado a través de una simulación de un contrato civil ante un juez o representante de la sociedad en el cual los consortes de manera voluntaria deciden vivir como esposos (artículo 146 del Código en cita).

Para la sociedad romana, desde un principio se dieron cuenta que a la unión marital de dos seres de distinto sexo, en su pleno desarrollo físico se procrea vida, por lo que se le consideró extraordinario y por mucho tiempo lo manifestaron como sagrado, por lo tanto lo protocolizaban en presencia del dios más importante además de que era estipulado a través de la

¹⁶⁹ D'ORS, Alvaro. EL DIGESTO DE JUSTINIANO. Op.Cit. D. 23,11.1

¹⁷⁰ PETIT, Eugene. Op.Cit pág. 103

Institución de la manus, en donde los consortes no se les tomaba en cuenta la voluntad de unirse en matrimonio.

Para el derecho romano el matrimonio era la base fundamental para seguir cimentando la línea en favor del clan patriarcal, (que para nosotros la denominamos como familia) es por ello que los romanos idearon algunas figuras jurídicas para que las nupcias no se desintegraran por falta de solvencia económica, la primera de ellas fue el convenio cum manu, en el que el pater de la mujer al entregarla a otra tribu diferente a la de él, le entregaba en forma de dote(*) una mínima aportación a su nuevo patriarca, y estos bienes se fusionaban con el patrimonio de su marido dentro de la institución de la manus.

En cambio en nuestra legislación en su artículo 178 establece que existe la sociedad conyugal en que los cónyuges de manera voluntaria aportan al matrimonio sus respectivos bienes, conjuntándose en un solo patrimonio sin la obligación de aportar bienes a la familia ascendiente del varón.

* dote. Biens aportados ya sea por el padre o la madre en razón del matrimonio por parte de la hija

C O N C L U S I O N E S :

PRIMERA. La figura del patrimonio familiar debe estar contemplada en un capítulo aparte, en la Constitución dentro de las garantías sociales como se plantea con el artículo 123 relacionado a los trabajadores y 27 a la tierra.

SEGUNDA. Cuando las parejas deciden vivir en unión libre o en concubinato no significa " no tener valores éticos o morales," sin embargo al procrear hijos se debería estipular un artículo especial en que debe celebrarse un pacto de carácter patrimonial: " comunidad de ganancias"(sea ante una autoridad judicial o notario público) con el fin de que se permita respaldar el sostenimiento de los menores en caso de desaparición de alguno de los concubinos.

TERCERA. Nuestro Código debería incluir otro régimen dentro del matrimonio: "el regimen patrimonial dentro del matrimonio" donde los cónyuges contribuirían con los gastos de manutención del matrimonio. Y los frutos habidos durante el mismo pasarían directamente al patrimonio familiar donde existan beneficiarios en estado de incapacidad legal o física.

CUARTA. Los menores nacidos fuera del matrimonio y que sean reconocidos tienen los mismos derechos que los hijos nacidos dentro del matrimonio, es entonces que la ley debe

contemplar que los primeros sean parte también del patrimonio familiar ya constituido.

QUINTA. En el caso de la disolución del matrimonio, el código tiene que estipular una sanción de valor económico o patrimonial a los dos cónyuges que en vida de su matrimonio adquirieron frutos patrimoniales ya sea bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes y que una tercera parte de esos bienes dotarían a sus descendientes menores de edad, como una forma de indemnización del daño moral causado por la ruptura de las nupcias.

SEXTA. El patrimonio familiar debe de fundamentarse como una universalidad jurídica de los derechos de un grupo social ligado al sistema cognaticio bajo la relación de un valor pecuniario y económico que se integran a la categoría de derechos reales y de crédito con el fin de solventar los gastos de la familia.

SEPTIMA. En el derecho romano se contempló la figura de la donación de los cónyuges, pero en razón del patrimonio conyugal, en nuestra legislación en su artículo 234 las donaciones entre cónyuges son permitidas y no se pueden revocar por la supervenencia de los hijos, en este precepto debería estipularse que las donaciones podrán realizarlas los cónyuges en razón del patrimonio familiar establecidas bajo las reglas de que no podrán exceder reunidas de la sexta parte de los bienes del donante.

OCTAVA. El patrimonio familiar debe de existir dentro del matrimonio ya que debería establecerse como fondo o reserva para cualquiera de los cónyuges en caso de que alguno de los dos tenga alguna discapacidad física o legal, en función de una separación judicial del matrimonio.

NOVENA. El patrimonio constituido por dote, por donaciones antes de las nupcias era legítimo en el matrimonio romano pues era parte de la condición para la realización de las nupcias, en nuestro código civil establece que el matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o separación de bienes. Lo que también debería indicar como requisito indispensable para la constitución del matrimonio entre personas menores de dieciocho años un fondo de carácter económico ya que persigue dos fines importantes: en la primera para crear una familia, y la segunda la supervivencia de la misma.

DECIMA. La forma de garantía patrimonial de Roma en el matrimonio para proteger a los cónyuges y sus descendientes se establecía a través de la institución de la Manus donde el régimen patrimonial era único y universal, de allí parte la base que en nuestra legislación el patrimonio familiar es una institución de interés público que tiene como objeto afectar uno o mas bienes para proteger a la familia, pero debería incluirse en los regímenes matrimoniales de los siguientes casos:

A) Cuando es en sociedad conyugal: una sexta parte de los frutos habidos de ese bien patrimonial le correspondería al patrimonio familiar en tanto que los beneficiarios cesen de tener derecho de percibir alimentos.

B) Cuando se celebra el régimen de separación de bienes los frutos habidos de cada uno de los cónyuges se condicionaría a la aportación de una tercera parte al patrimonio familiar durante el tiempo en que dure el matrimonio, como si se creara un fondo social de carácter económico ya que exclusivamente sería para la familia y de los que estén incapacitados física o legalmente.

DECIMA PRIMERA. El régimen de separación de bienes en el derecho romano tuvo su influencia con el surgimiento del concubinato que tuvo como finalidad la protección económica de los concubinos, en nuestra legislación tiene vestigios de esa norma dentro de las capitulaciones celebradas en el matrimonio. Pero el concubinato actual no establece alguna garantía para la formación de capitulaciones las cuales debería incluirse en nuestra legislación ya que tiene la misma finalidad que el matrimonio: constituir una familia.

DECIMA SEGUNDA. El Estado Mexicano debe de actualizar su cuantía del patrimonio familiar, en un porcentaje de

multiplicar el doble del factor 10.950 por el importe de tres salarios mínimos generales vigentes en el Distrito Federal.

B I B L I O G R A F I A

1. Abouhamad Hobaica, Chibly. Anotaciones Y Comentarios de Derecho Privado I, 3ra. edic., Jurídica Venezolana, Caracas 1978.
2. Acosta Emilio Historia del Derecho Romano Público Y Privado. Traduc. Italiana por Manuel Reventos y Noguera, Madrid, España, edit. Reus. 1930.
3. Arguello, Luis Rodolfo Derecho Romano (Historia e Instituciones), 3ra. edición, Buenos Aires, 1990.
4. Arangio Ruíz, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano, edit. Depalma, Buenos Aires. 1986.
5. Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales. Colegio de Estado de Derecho Privado, edit. jus México. 1953.
6. Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales Capitulaciones Matrimoniales, edit. México 1953.
7. Bialostosky, Sara. Panorama del Derecho Romano, 3ra edic. edit. Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.
8. Bialostosky de Chazán, Sara., Bernal de Bugueda, Beatriz, Morineau Iduarte Marta, y otros Situación Jurídica de la Mujer en el México del Siglo XIX. 1era. edic., edit. U.N.A.M, 1975.
9. Branca, Guiseppe. Instituciones de Derecho Privado, edit. Porrúa, México, 1978.

10. Bonfante Pedro. Instituciones de Derecho Romano, 5ta. edic. Italiana por Luis Bacoi y Andres Larrosa, edit.Reus.
11. Bellusco, Augusto César. Manual de Derecho de Familia (regimenes matrimoniales), Tomo II, edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1996.
12. Chavez Ascencio, Manuel. Convenios Conyugales y Familiares. edit. Porrúa S.A. México 1991.
13. Di Pietro, Alfredo. Derecho Privado Romano, edit. Depalma, 1996.
14. D´ors, Alvaro. Derecho Privado Romano (Historia y sistema), edit. Universidad de Navarra, Pamplona, España 1989.
15. Fustel de Coulanges La Ciudad Antigua (estudio sobre el Culto, el derecho y las Instituciones de Grecia y Roma)2da. edic., edit. porrúa.
16. García Garrido Manuel J. Derecho Privado Romano (acciones , casos, Instituciones), edit. 4ta. reimpresión, edit. Dykinson 1989. Madrid.
17. Galindo Grafias Ignacio Derecho Civil (primer curso)parte general, persona y familia. Décima Octava Edición,edit. Porrúa.
18. Guzmán Brito Alejandro. Derecho Privado Romano, edit.jurídica de Chile, Primera edic. 1996.

19. Hernández Francisco, Tejero Jorge. Lecciones de Derecho Romano, edit. Universidad Complutense Madrid. 5ta edic.1989.
20. Ibarrola Antonio. Derecho de Familia, 3ra. edic., edit.Porrúa. 1984.
21. Ibañez de Moya Palencia, Marcela. El Régimen de los Bienes en el Matrimonio. México, Facultad de Derecho 1959.
22. Iglesias, Juan. Instituciones de Derecho Privado, edit.Ariel, Barcelona, 1972.
23. Magallón, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, edit. Porrúa, 1987.
24. Margadant, Guillermo F. EL Derecho Privado Romano, edit. Esfinge S.A. de C.V. 24 edic., Edo. de México,1999.
25. Martínez Arrieta Sergio Tomás. El Régimen Patrimonial del Matrimonio en México. edit. Porrúa, México.
26. Mateos Alarcón, Manuel. Lecciones de Derecho Civil, (Tribunal Superior de Justicia , estudios sobre el Código Civil del D. F.) edic. Facsimilar 1885.
27. Mateos M., Agustín Compendio de Etimologías Grecolatinas del Español. 8tava. edic. 1974, edit. Esfinge.
28. Morineau Iduarte Marta y Román Iglesias González. Derecho Romano, 2da. edic., edit. Harla.

29. Muñoz, Luis. Comentarios al Código Civil, México, Facultad de derecho, 1998.

30. Ojeda Martínez, Rosa María. Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, (Memoria del II Coloquio Nacional de derecho Civil), edit. U.N.A.M., imprenta Universitaria.

31. Pacheco Escobedo Alberto. LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO, (Régimen supletorio del contrato de matrimonio en relación a los bienes) 2da. edic. Panorama edit. S.A. 1985, México, D.F.

32. Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, traduc. por Fernández González, edit. Epoca S.A. de C.V. 1978, 9na. edic.

33. Pietro de Barón, Francisci, Síntesis Histórica del Derecho Romano, traduc. Ursicino Alvarez, edit. Revista derecho privado, Madrid, 1954.

34. Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, (Derecho de familia). Tomo II, edit. Porrúa, México. 1978.

35. Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, edit. Porrúa, 9na. edic. 1998.

36. Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil, traduc. Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijero Tomo II, Volumen segundo, edit. Reus, Madrid, 1978.

37. Ruíz Serramalera, Ricardo. Derecho de Familia, edit. Religraf S.A. Madrid, 1998.

38. Sánchez Medal Ramón De los Contrato Civiles, 4ta. Edic. edit. Porrúa, México, 1978.
39. Shom, Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano (Historia y sistema), edit. Nacional, México.
40. Topasio Ferreti, Aldo. Derecho Romano Patrimonial, 1era. edic., 1992, edit. U.N.A.M.
41. Torrent Armando. Manual de Derecho Privado Romano, edit. Neo, 1993
42. Tribunal Superior de Justicia. Lecciones de Derecho Civil, "Tratado de las personas"; edit. Facsimilar Tomo I. (Manuel Mateos Alarcón), 1885.
43. Verdugo, Agustín, Principios de Derecho Civil Mexicano, México, 1930.
44. Vidal Taquín, Carlos. Régimen de Bienes en el Matrimonio, edit. Austrea, Buenos Aires, reimpresión 1993.
45. Volterra, Eduardo. Instituciones de Derecho Privado Romano, traduc. Jesús Duca Martínez, edit. Civilitas S.A.

F U E N T E S H I S T O R I C A S :

1. D'ors, Álvaro. El Digesto de Justiniano. TOMO II, Traduc. F. Hernández Tejero P. Fontesecca M. García Garrido y T. Burillo, edit. Aranzadi Pamplona, 1972.
2. Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias, 3ra. edic. Madrid A. Ortega, 1974.

L E G I S L A C I O N C O N S U L T A D A :

1. Código Civil Francés de 1804
2. Código Civil de Oaxaca de 1827
3. Ley del Matrimonio Civil de 1859
4. Código Civil del Imperio Mexicano 1866
5. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.
6. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.
7. Ley sobre Relaciones Familiares 1917
8. Código Civil del Distrito Federal 1928

9. Código Civil del Distrito Federal 2003

J U R I S P R U D E N C I A S :

1. Patrimonio de Familia. Extinción del, en caso de Divorcio.Sem. Jud. Fed. 5ta. amparo civil 3871/45 Villegas García Feliciano. 1ero. Octubre de 1947. Mayoría de votos. Disidente: Hilario Medina. La publicación no menciona el nombre del ponente.

2. Patrimonio Familiar. Los bienes constituidos de origen como tal son inembargables, aún cuando no se encuentren inscritos en el Registro Público de la Propiedad.Sem. Jud. Fed. Epoca 9na. amparo 134/2001, Gloria Aguilar Díaz. 12 de Junio de 2001, Unanimidad de votos. Ponente Raquel Aldama Vega. Sec. José Hernández Villegas.

3. Patrimonio Familiar. Constitución del.Sem. Jud. Fed., Epoca 5ta. amparo Civil 2151/40. P. de Martínez Mario de Jesús. 10 de junio de 1942. Unanimidad de cinco votos. Ponente Eduardo Vasconcelos.