

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE  
MEXICO.**

**SEMINARIO DE DERECHO CIVIL  
FACULTAD DE DERECHO**



**La Capacidad de la Mujer Casada  
en el Derecho Civil Mexicano**

**T E S I S**

que para obtener el título de  
**LICENCIADO EN DERECHO**

Presenta

**ZEFERINO LEGORRETA VILLARREAL**

México, D. F.

1 9 6 7



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.

LEGORRETA VILLARREAL

EL DERECHO CIVIL  
MEXICANO

TESIS  
U.N.A.M.

1067

L236

**IN MEMORIAM**

**A mi Padre, con el respeto  
y veneración de siempre.**

**A MI MADRE**

**Al Sr. Licenciado José López Noriega, con gratitud.**

## A MIS MAESTROS

**LA CAPACIDAD DE LA MUJER  
CASADA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO**

## prólogo del sustentante

La presente tesis recepcional, versará sobre la capacidad de la mujer casada en el derecho civil mexicano; en consecuencia se circunscribirá a la capacidad civil, pero exclusivamente a la de la mujer unida en matrimonio. Constará nuestro trabajo de cuatro capítulos con el desarrollo siguiente: En el Capítulo Primero examinaré los antecedentes más remotos de la potestad marital; la situación en que se encontraba la mujer casada, ubicada en la familia de su marido en el lugar de una hija, sujeta a tutela perpetua. En el Capítulo Segundo, destinado también a antecedentes, vemos la institución de la potestad marital regulada bajo el Código de Napoleón, antecedente directo de nuestros Códigos Civiles de 1,870 y 1,884; examinamos también las últimas reformas legislativas habidas en el Derecho Civil Francés, y motivadas por política legislativa, que borran de los textos legales el deber de obediencia de la mujer casada y su incapacidad, pero que en realidad sigue subsistiendo el concepto de autoridad marital a virtud de las reglas de los regímenes matrimoniales, que en la mayoría de los casos tornan nugatoria la capacidad civil de la mujer francesa casada. En el Capítulo Tercero nos propusimos examinar los conceptos de persona jurídica individual; personalidad; capacidad de goce, capacidad de ejercicio e incapacidades. En el Capítulo Cuarto y último de esta investigación

tratamos la situación jurídica de la mujer casada dentro del matrimonio y a ese fin, examinamos los efectos que se originan entre los consortes relativos a su persona; en relación a los hijos; respecto a los bienes y, las relaciones de autoridad, para así determinar la condición jurídica de la esposa. En este último apartado, comenzamos por presentar la clasificación tripartita, que sobre la condición jurídica de la esposa, se deviene de las legislaciones civiles de todos los países, ubicando a la de México en el tercer grupo. Examinando los antecedentes, mostramos la situación que guardaba la mujer casada en los Códigos Civiles de 1,870 y 1,884 e hicimos alusión a la Ley de 9 de Abril de 1,917, sobre Relaciones Familiares. Iniciamos el análisis de nuestro Código Civil Vigente sobre la materia que tratamos en esta tesis, consignando los razonamientos que el legislador vierte en la Exposición de Motivos; enseguida, los dispositivos legales sobre los que va a practicarse el estudio en particular y la apreciación crítica de éstos, con la aportación doctrinal de sus exponentes: Rojina Villegas, Gonnard, Portalis, Emil Brunner, Leopoldo Aguilar y Fernández Clérigo. Concluimos con la crítica al Artículo 167 del Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales.

Creemos oportuno hacer una advertencia: nuestra tesis, en principio abarcaba un estudio comparativo del tema, en las diversas legislaciones de los Estados Federados. Desistimos de ese intento por la dificultad que entraña el obtener la legislación civil vigente en las entidades y porque en su mayoría, dichas legislaciones son copia de la del Distrito y Territorios Federales. En tal virtud, esta tesis recepcional sólo versará en la apreciación crítica a ese ordenamiento, pese a que el título de la misma nos haga pensar en un estudio más general. Cuantas veces en el transcurso de este trabajo utilicé-

mos los términos de "la Ley", el Código Civil ó simplemente "el Código", haremos alusión invariablemente al Código Civil de 1,928, vigente en el Distrito y Territorios Federales.

Dadas las limitaciones de este estudio, sólo esperamos sea acogido con la natural benevolencia..

## I N D I C E

### LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

prólogo del sustentante

índice

**CAPITULO PRIMERO: Antecedentes en el Derecho Romano.**

**CAPITULO SEGUNDO: Antecedentes en el Derecho Francés.**

**CAPITULO TERCERO: La Capacidad Civil.**

a).—Breve referencia sobre la persona física o individual y sobre la personalidad.

b).—La Capacidad Civil. Su Concepto. Capacidad de Goce y Capacidad de Ejercicio. Incapacidades.

**CAPITULO CUARTO: La situación Jurídica de la mujer casada dentro del Matrimonio.**

A).—Efectos entre los Consortes.

B).—Efectos en relación a los hijos.

C).—Efectos respecto de los bienes.

D).—Relaciones de Autoridad. Condición jurídica de la esposa.

**C o n c l u s i o n e s :**

**Bibliografía.**

**CAPITULO PRIMERO :**

**ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO:**

Importante es en verdad, conocer los efectos que para la historia y la inteligencia, produjo la dominación latina. Dos situaciones se presentan ante nosotros como verdades incontrovertibles: Roma dió al mundo una cultura y su grandeza no se fincó esencialmente en las conquistas guerreras, sino primordialmente en que los pueblos vencidos fueron elevados a un estrato superior del saber humano. A esto se llegó cuando de simple derecho de Roma se transformó en Derecho Romano, porque a la zaga de las cohortes romanas marchaban los lictores, los guardianes de la ley, que vigilaban para que se impusieran el idioma latino, su derecho, su arquitectura, su ciencia y su literatura. Por esto, podemos afirmar que el Derecho Romano es el monumento más glorioso que nos han legado las civilizaciones antiguas.

En la actualidad, dos mil años ha, es admirable ver como ciertas concepciones jurídicas del pueblo romano nos llegan inalterables a través del tiempo; empero, a virtud de la experiencia y el afán de superación de la humanidad, algunas instituciones y conceptos del Derecho Romano han ido evolucionando y otros han caído en desuso.

Con la única finalidad de darnos una idea del origen de nuestro derecho y de las bases jurídicas que sustentan nuestras instituciones, abordaremos someramente el estudio del Derecho Romano, en aquellos aspectos que consideramos indispensables para esta tesis.

Examinaremos en primer término, el concepto de persona física o individual, toda vez que desde este punto de

vista se estudiaba a los sujetos tomando en cuenta su estado, su capacidad y el papel que desempeñaban en la sociedad romana.

Para poder explicar gráficamente el concepto jurídico de persona, es conveniente recordar el origen de la palabra, ya que en Roma no todos los individuos gozaban de personalidad. En sentido propio "persona" provenía del lenguaje teatral y significaba la máscara que portaban los actores en escena para representar diversos papeles. Dicho objeto tenía una especie de apertura provista de láminas metálicas, destinada a amplificar la voz. Esta máscara no era individual, sino típica del papel que el actor desempeñaba en la obra, de modo que se utilizaban siempre para caracterizar el mismo papel, de aquí, por una simple extensión, la palabra servía igualmente para aludir al actor enmascarado, esto es, al "personaje".

Del lenguaje teatral, el concepto pasó al jurídico y aquí la acepción significaba los diversos papeles o posiciones que el sujeto representaba en su vida jurídica. Ortolán (1) afirma que la palabra persona no designaba hombres e individuos, sino seres abstractos, resultado de las diversas posiciones de los individuos; de tal manera que un sujeto puede tener a un mismo tiempo muchas personalidades, como lo eran la de pater-familias, cónyuges, tutor, etc., por lo tanto, era preciso aplicarle todos los derechos y todas las obligaciones anejos a cada una de ellas.

Para los efectos de nuestro estudio, es pertinente dejar establecido que en el derecho familiar romano, las personas físicas se dividan en dos clases: *alieni juris* y *sui juris*.

---

(1) M. Ortolán. Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Vol. I, pág. 46.—Madrid 1884.

ris. Los primeros eran aquéllos que se encontraban sometidos a la potestad de un jefe y por el contrario, los que mencionamos en segundo término dependían única y exclusivamente de sí mismos. Sohm (2) expresa que el ciudadano romano dicese filius-familias o paterfamilias según se halle o no sujeto a la patria potestad. En el primer caso suele llamarsele homo alieni juris; en el segundo, homo sui juris. Toda persona sui juris se encontraba desvinculada de la patria potestad, sea niño o adulto, soltero o casado; mientras que los sometidos a la potestad patria, quedaban en calidad de alieni juris, fueren hijos o hijas, nietos o nietas, etc.

Eran tres los estados de la personalidad jurídica establecidos por el derecho de las personas, a saber: La libertad, la ciudadanía y la pertenencia a una familia. Estas calidades o condiciones eran requisitos necesarios para determinar en el individuo la personalidad y la capacidad jurídica completa. Brevemente vamos a tratar la Teoría de los tres estados.

a).—Del status libertatis.—En casi todas las sociedades antiguas, existía la esclavitud y según el derecho romano, los esclavos eran seres privados de libertad y jurídicamente considerados como cosas, por lo que había un estado de libertad que era la condición del hombre libre. Este primer estado era a su vez, requisito imprescindible al individuo para poder gozar del estado civil y del estado familiar.

b).—Del status civitatis. El estado civil era la calidad del ciudadano que se otorgaba al sujeto, como miembro de

(2) Rodolfo Sohm. Instituciones de Derecho Privado Romano. pág. 100. Gráfica Panamericana.—México 1951.

la ciudad; calidad que le daba ciertas prerrogativas, tanto del derecho público como del derecho privado. Lo eran, el *jus suffragii* y el *jus honorum* en el derecho público y el *jus commercii* y el *jus conubii* en el derecho privado. Esta última ventaja o prerrogativa consistía en el derecho o aptitud para contraer las justas nupcias y para fundar una familia romana; única situación que producía la agnación y el poder paternal entre padre e hijos. Sin el estado civil no se podía tener el familiar.

c).—Del *status familiae*. Este era la condición de la persona dentro de la organización legal de la familia romana ya fuera en calidad de *sui juris* o de *alieni juris*. Posteriormente volveremos a tratar sobre el estado familiar, porque ahora es oportuno aludir a la pérdida o alteración de la personalidad jurídica.

Según la teoría de los tres estados o grados de la capacidad jurídica, que acabamos de examinar, cuando se perdía una de esas cualidades o atributos (*status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae*) en su orden eran también tres los grados de destrucción o limitación de la capacidad, ya que la persona sufría una *capitis diminutio* máxima con la pérdida de la libertad; una *capitis diminutio media* o magna con la pérdida de la ciudadanía y una *capitis diminutio* mínima con la pérdida del estado de familia. Sohm (3) establece que en el primer caso considerábase destruída en absoluto la personalidad jurídica; y en el segundo y tercero esta sufre una simple alteración.

También es importante para nuestro estudio, conocer los efectos que en la personalidad origina la *capitis diminutio* mínima. Ya establecimos que ésta se producía cuando

---

(3) Rodolfo Sohm. Obra citada. pág. 101.

el sujeto sufría un cambio de estado familiar (aunque conserva la libertad y la ciudadanía). Generalmente operaba cuando por dejación pura y simple, se salía de la familia agnada, ya sea volviéndose *sui juris* o ingresando a un diferente grupo familiar. Era, según los romanos, una conmutación del primer estado, porque en la familia residía la esencia y la fuerza de la personalidad. Esta cambia, al cambiar la familia, con lo que desaparecía la personalidad antigua para dar nacimiento a otra nueva. Por lo tanto, el *capitis minutus* salía de su familia y de su gens, perdiendo lazos de agnación y gentilidad, así como los derechos de sucesión, tutela y curatela de su anterior familia. Mas como la *capitis diminutio* no afectaba a la persona física, conservaba todos los derechos naturales, como lo eran los lazos de cognación con sus parientes naturales; lazos que por otra parte y en el derecho primitivo, no producían efectos jurídicos. El incapacitado perdía todos los bienes que componían su patrimonio, en el caso de *conventio in manus* de mujer *sui juris* y terminaban las servidumbres personales de que era titular. (4).

Hemos afirmado que la capacidad jurídica de las personas en el derecho romano, se determinaba con la posesión de los tres estados a que se ha aludido; pero aún cuando la capacidad de goce era común a todas las personas, la capacidad de ejercicio estaba limitada en razón de la edad, el sexo, la condición social, la enfermedad, etc. (5). Por razón de su sexo, las mujeres *sui juris* estaban, en el antiguo derecho, sujetas a tutela perpétua. Por otra parte, la mujer casada tenía restricciones a su capacidad jurídica, por-

---

(4) Eugéne Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. pág. 152. Editora Nacional, S. A.—México. 1952.

(5) Raúl Lemus García. Derecho Romano. pág. 13. Edit. Limsa. México. 1964.

que en Roma las leyes no les reconocían como personas perfectas e independientes.

Ahora abordaremos el estudio de la constitución de la familia en el derecho romano, toda vez que en el curso de la historia, la familia, como Institución jurídica, fué de una importancia decisiva en la condición jurídica de la persona.

Sobre este aspecto expresa Petit (6) que la palabra familia se entendía en derecho romano en dos formas:

a).—En un sentido propio y desde el origen de Roma, la familia era la típica domus, es decir, la unión de personas que estaban sujetas al mismo poder doméstico o a la patria potestad. Se caracterizaba la familia por ser monógama y estar regulada bajo el régimen patriarcal, en donde la soberanía radicaba en el padre o el abuelo paterno. El paterfamilias (quien ejercía el poder supremo en la familia) en su calidad de sui juris y sacerdote, dirigía el culto doméstico; como magistrado, dirimía todos los conflictos que surgieran en el seno de la familia, regulando la composición de ésta con la facultad de excluir a cualquier descendiente por la vía de la emancipación. Como el paterfamilias era el dueño y señor de la domus, tenía el derecho de castigar a todos los miembros sujetos a su imperio, por tener éstos la calidad de alieni juris. Como propietario único, todas las adquisiciones de la familia pasaban a su poder, por lo que el paterfamilias disponía libremente de los bienes, ejerciendo de por vida los derechos de propietario. La familia así conceptuada, se integraba por el paterfamilias, la esposa in manu, los hijos de ambos sexos, los nie-

---

(6) Eugéne Petit Obra citada. págs. 95 y 96.

tos nacidos de sus hijos varones y descendientes de ulterior grado, las personas adoptadas y las esposas de sus hijos o descendientes casados cum manu. Esta organización primitiva, en la cual la mujer no juega ningún papel, por quedar en la condición análoga a la de una hija, permaneció inalterable durante varios siglos. Posteriormente fué modificándose la situación de la familia, aunque muy lentamente, hasta que la autoridad del jefe se hizo menos absoluta.

b).—En sentido amplio, la familia romana era un conjunto de personas que colocadas bajo la autoridad paternal o la manus del jefe de familia, se encontraban ligadas por el parentesco civil o agnación. Este nexo persistía hasta la muerte del paterfamilias. Los agnados eran los ascendientes por vía de varones, sujetos a la autoridad del jefe o que lo estarían si aún viviera el cabeza de familia. Agnada era también la mujer in manu, por la condición de hija a que estaba sometida. La agnación podía desenvolverse ilimitadamente, pero sólo se transmitía por medio de varones, por lo que la madre estaba excluida, a menos que, como ya expresamos anteriormente, ésta fuera in manu. Asimismo, todos los parientes por vía de mujeres quedaban excluidos del parentesco por agnación, ya que el vínculo familiar no se determinaba por lazos de sangre (cognatio), sino a virtud de los mandamientos del derecho civil.

Jors y Kunkel, (7) estiman que la organización de la familia fué el punto de arranque de todo el sistema de parentesco del primitivo derecho romano y que el concepto fundamental del mismo fué la agnación. Sin embargo, esta composición de la familia era arbitraria y contraria al derecho natural, porque la agnación podía admitir a personas

---

(7) Paúl Jors y Wolfgang Kunkel. Derecho Privado Romano. Editorial Labor, S. A. pág. 93.—Madrid. 1937.

de sangre extraña, como lo eran los tomados en adopción y por otra parte, excluía a los hijos que emancipaba el paterfamilias y a los que daba en adopción. La evolución hacia el parentesco fincado en la unión por los lazos de sangre (cognatio) fué muy lento. El antiguo derecho civil, que era de sello patricio, cimentó la familia exclusivamente sobre la agnación, pero más tarde y gracias al derecho pretorio, se destaca la cognación que representaba el linaje y no la casa, siendo el parentesco en la comunidad de sangre. Representante genuino del principio cognaticio era la madre (agnatio a patre sit, cognatio a matre), principio que descansaba sobre vínculos naturales y no sobre una relación jurídica. Fué Justiniano quien dió el paso decisivo e impuso el moderno concepto de la familia en el que prevalece nuevamente la agnación sobre la cognación.

Ortolán (8) al respecto nos dice lo siguiente: "Los agnados forman una clase particular de cognados, y son individuos de una misma familia, comprendiendo en la familia, no una sola casa dirigida por un solo jefe, sino todas las cosas que reunidas en su origen en una sola se dividen sucesivamente a la muerte de cada jefe. El derecho civil, tomado en todo su rigor, no sanciona otro vínculo de parentesco que el de los agnados a quienes concede únicamente los derechos de familia, como los de tutela y herencia. Los agnados son, pues; los cognados individuos de una misma familia. Pero, cuáles son los individuos de una misma familia? Ya lo sabemos: los parientes por el sexo masculino, que proceden de justas nupcias o legitimados, y los hijos adoptivos. En cuanto a los parientes por parte de las mujeres, como no entran en la familia de su madre, no son cognados de los parientes de esta última: esto es lo que dicen aquí las Instituciones".

---

(8) Obra citada. pág. 178 y 179.

Como todo el derecho privado, el matrimonio romano sólo se reservaba a los ciudadanos, quienes eran los únicos que poseían el *jus conubium*. En los textos romanos, el matrimonio se llama *justae nuptiae* o *justum matrimonium*; es decir, se hacía alusión al matrimonio legítimo celebrado conforme a las reglas del derecho civil. La más antigua referencia que tenemos relacionada a la definición de esta Institución, se debe a Modestino; quien la expresó así: "Las nupcias son la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida y comunicación del derecho divino y del humano". Esta concepción del matrimonio no fue aplicable a todas las épocas, por lo que posteriormente Ulpiano, de acuerdo en la era que vivió, dejó la siguiente definición de lo que consistía para los romanos el matrimonio: "Nupcias o matrimonio es la unión de varón y la mujer, que implica una costumbre individual de la vida". (9).

En las Instituciones del Emperador Justiniano, se expresaba: "contraían entre sí justas nupcias los ciudadanos romanos, cuando se unen según los preceptos de las leyes, los varones púberos con las hembras núbiles, ya sean padres de familia, ya hijos de familia; con tal de que en este último caso obtengan el consentimiento de sus padres bajo cuya potestad se hallan".

Sólo de las justas nupcias se podían derivar derechos de familia, así como el parentesco civil o agnación. La mujer tomaba el nombre de *uxor* y el marido de *vir*. Así, y desde los tiempos antiguos, existieron en Roma tres formas de celebración del matrimonio; a saber:

a).—La *conferreatio*, que consistía en una complicada solemnidad religiosa, que tenía como fin el consa-

---

(9) Citado por Raúl Lemus García. Obra citada. pág. 83 y 84.

grar la unión de los esposos en una comunidad por derecho humano y divino y que, como requisito indispensable, hacía entrar a la mujer bajo la manus mariti. Este era el matrimonio de las gentilidades patricias, más a fines del siglo II de la era cristiana, desapareció esta forma matrimonial.

b).—La coemptio, que era el procedimiento de los plebeyos para constituir la manus y uno de los actos de transmisión de la potestad, por medio de un contrato simbólico de compraventa de la mujer y en el cual no había ya intervención sacerdotal.

Originalmente era el padre de la desposada quien la vendía ficticiamente al marido, por un precio fingido; pero posteriormente parece ser que era la propia desposada la que celebraba la mancipación. A la coemptio o compra de la novia, seguía otro acto estipulatorio consistente en preguntas y respuestas de los cónyuges, respecto de si era su voluntad contraer matrimonio. Después se usó la coemptio con fines no matrimoniales, celebrándose el acto para que la mujer pudiera cambiar de tutor. No se sabe a ciencia cierta cuando desapareció esta institución matrimonial, pero ya en la época de Justiniano era desconocida.

c).—El usus, que era el matrimonio sin formalidades, que se perfeccionaba con el simple hecho de constar la voluntad unánime de los esposos, para contraer matrimonio y para constituir la comunidad conyugal. En esta forma matrimonial, era preciso que la vida marital se prolongara ininterrumpidamente durante un año, a efecto de que el vir pudiera usucapir a la esposa y así adquirir la manus marital, sin necesidad de celebración especial. Cuando así sucedía, la manus producíase por usus, tomando en cuenta que la idea proverbial romana era

que la hija constituía un objeto patrimonial perteneciente al padre (10). No obstante, existía una forma establecida por la Ley de las Doce Tablas, para que la mujer no cayera en la manus mariti, y era o se denominaba *trinoctium*, porque la uxor se ausentaba del hogar conyugal durante tres noches antes de que finalizara el año que consumaba el *usus*, para así interrumpir la acción prescriptiva. La esposa salía de la *domus* del marido y participaba del culto doméstico de sus padres, con lo que quedaba en calidad de *sine manu*, es decir, fuera de la potestad del marido. De esta forma matrimonial, se derivó la situación de la mujer dentro del matrimonio, por lo que respecta al poder marital que sobre ella pesaba. En otras palabras, la mujer podía estar casada *cum manu* o *sine manu*.

En la antigüedad, el poder doméstico del paterfamilia, en todos los casos en que se aplicaba, se llamó *manus*. Más tarde, esta palabra se usó solamente para indicar el imperio que se ejercía sobre la mujer. Por regla general la *manus* se establecía *matrimoni causa* y eran tres las formas o procedimientos para constituirla: la *conferreatio*, la *coemptio* y el *usus*; situaciones que ya examinamos anteriormente.

En la evolución histórica del matrimonio romano, se pueden distinguir tres fases: en la primera, el matrimonio va acompañado de la *manus*, a tal grado, que casi se confundían. En la segunda fase, al lado del matrimonio *cum manu* aparece el matrimonio *sine manu* y en la última etapa, la *manus* perdió su importancia y cayó en desuso, a tal grado, que sólo existió el matrimonio *sine manu*.

La *manus* se conceptuaba como una de las potestades mediante la cual se manifestaba el poder de señorío

---

(10) Rodolfo Sohm. Obra citada. pág. 282.

doméstico. Sólo era concedida a los varones y se ejercitaba únicamente sobre la mujer casada, que quedaba en calidad de alieni juris. Esta potestad tenía el efecto de hacer entrar a la mujer al culto privado y a la familia civil del marido; estableciéndose para ésta un cambio de vínculo familiar, ya que al pasar a formar parte de la domus de su esposo, se extinguía el nexó familiar con el hasta entonces titular de la potestad sobre ella, transmitiéndose dicha potestad al marido; (11) pero si éste tenía la calidad de alieni juris, la potestad marital quedaba para el paterfamilias (ya fuera el padre o el abuelo de su esposo). La mujer, por su ingreso al poder marital, pasaba a ocupar en la familia la posición jurídica de una hija, o sea, bajo el poder disciplinario absoluto del paterfamilias, que en determinados casos podía hasta darle muerte o venderla como esclava. En relación con sus hijos, la mujer tenía la consideración jurídica de hermana.

La personalidad de la mujer casada cum manus, se confundía con la del paterfamilias, ya que según los principios de derecho se concebía que los individuos sujetos a potestad forman con el cabeza de familia, una misma y sola persona. Al caer en manus una mujer sui juris, sufría una capitis diminutio mínima, convirtiéndose en alieni juris. Como ya lo expresamos, quedaba en lo personal, como en lo patrimonial, en calidad de una hija respecto de su marido. En el aspecto patrimonial la mujer era incapaz y el marido se hacía propietario a título universal de todos los bienes que pertenecían a la esposa, así como de los que adquiriera con posterioridad; todo esto por su situación de alieni juris. Más si moría el varón, la mujer entraba a la sucesión como heredus sui, o sea, en igual condición que los hijos.

---

(11) Eugene Petit. Obra citada. págs. 121 y 122.

Otra de las situaciones desventajosas que se presentaba a la mujer casada cum manu, era que estaba privada del ejercicio al derecho de testar, porque como ya lo expresamos, ésta no tenía patrimonio propio, toda vez que a virtud del matrimonio pasaban sus bienes a poder de quien tenía la manus.

Por lo que se refiere a la disolución del vínculo matrimonial, que estaba permitido en la Ley de las Doce Tablas, la mujer cum manu no podía exigir la disolución del nexo que la unía con su marido, ya que era únicamente el varón (o aquél que ejercía la potestad patria sobre él), quien tenía capacidad para repudiar en todo momento a la mujer, con lo que se daba fin a la manus. Posteriormente, sólo por causas graves se podía repudiar a la esposa. El repudio se hacía por medio de una ceremonia llamada differreatio cuando el matrimonio se hubiere celebrado mediante el conferreatio; y por medio de la emancipación, cuando el matrimonio fuera a virtud de la coemptio o del usus.

Cuando la comunidad familiar se constituía sine manus, la esposa seguía perteneciendo a su familia paterna si era alieni juris; si era sui juris, era de las personas que no dependían de ninguna otra, es decir, que la mujer conservaba su condición anterior al matrimonio (no sufre capitis diminutio) pero en ningún caso, el marido tenía poder sobre su mujer. Además, el patrimonio propio lo conservaba, por lo que podía disponer de él, aunque por costumbre se constituía una dote a favor del marido, porque se consideraba justo que la mujer contribuyera a las cargas del matrimonio. A la muerte del esposo, la mujer casada sine manus, en un principio; no tenía derecho a la sucesión del cónyuge. Por lo que hace a las ligas del parentesco agnado, éstas no existían entre los hijos y la madre, ya que formaban parte de dos

familias diferentes, de tal manera, que entre una y otros sólo existían lazos de cognación; dado que cognados eran todas las personas unidas entre sí por el nacimiento y la creación. Además, y en la época primitiva, no existían derechos sucesorios entre madre e hijos.

En esta forma matrimonial, (*sine manus*) ambas partes podían tomar la iniciativa para el divorcio, de manera que si la mujer era menor, podía su padre reclamarla al marido consumando así el divorcio. Si no estaba sujeta a potestad, tenía la libertad de abandonar al marido. Este consorcio conyugal, según el decir de Jors y Kunkel (12) carecía de toda cualificación jurídica especial, pudiendo compararse a la posesión, pues era una simple relación de hecho productora de ciertas consecuencias jurídicas, que no originaban para el marido poder alguno sobre la mujer; y de tal manera era así, que el padre conservaba la potestad sobre la hija, con lo que podía en todo momento exigir la entrega de la misma.

Los efectos jurídicos, que desde tiempos antiguos se reconocieron al matrimonio sin potestad marital, se referían principalmente a los hijos, (aunque es posible que también se haya concedido al marido un poder de corrección sobre la mujer). El hecho de que los descendientes siguieran el estado personal del padre, y por ende quedaran sometidos a la potestad paterna, caracterizaba a estos matrimonios como vínculo conyugal amparado por el derecho civil, que en este importante punto no se distinguía de los matrimonios con potestad marital o *cum manu*.

Sin embargo, Shom (13) opina que no debe creerse, en modo alguno, que en los matrimonios libres o *sine manu* no exista poder marital. Consiste, según este au-

---

(12) Obra citada, pág. 397.

(13) Shom. Obra citada, pág. 287.

tor, en la prerrogativa que tiene el marido y que le da derecho a exigir que le sea respetada la comunidad conyugal de vida: si un tercero retiene a su mujer, el marido dispone de un interdicto para recobrarla. Y a este derecho se añade el de disponer de todos los asuntos referentes a la vida conyugal; elección de domicilio, que la mujer comparte ipso jure con él; educación de los hijos; presupuesto familiar, etcétera. No obstante, para el tratadista en cita, en los matrimonios libres alienta ya la idea de la familia cognaticia, que colocaba al frente de la "casa", con igual condición jurídica, a marido y mujer.

La manus, en otro tiempo base del derecho matrimonial romano, pasó a ser meramente un atributo accidental del matrimonio. Esta evolución se inicia cuando, desde el Siglo III a. de c., el derecho al divorcio se concedió a la mujer in manu y más tarde deja el nombre gentilicio de su marido y se limita a añadirlo en genitivo al suyo propio. El matrimonio cum manu se orienta hacia el matrimonio denominado libre, que se perfeccionaba por el mutuo consentimiento para constituir la comunidad familiar. La manus, con el rigor que la caracterizaba desde la antigüedad, tendió por fin a desaparecer del panorama jurídico, y por ende, la situación de la mujer casada se hizo menos rigurosa, más humana. Sin embargo, se produjo otro efecto, por demás funesto: sabido es que el poderío romano nació de la organización familiar que hemos analizado al principio; pero a partir del siglo VI de Roma y a virtud de la riqueza imperante y la disolución de las costumbres, se produjo un desmembramiento de la familia. La autoridad paternal disminuye; el grupo se disocia, se torna precario por la multiplicación de los divorcios; la mujer no entra ya en la familia de su marido. Roma vive un período de anarquía familiar y una de las consecuencias de esta anarquía lo fue la dis-

minución de la natalidad, cuando las necesidades militares del Imperio eran más apremiantes. A pesar de las Reformas legislativas del Emperador Augusto, tendientes al aumento de la natalidad y contrarias al adulterio, el Imperio Romano muy pronto conoció su decadencia. (14).

---

(14) Mazcaud. Lecciones de Derecho Civil. Vol. III. pág. 29.  
Ediciones Jurídicas Europa. América. B. Aires, Argentina.

## **CAPITULO SEGUNDO :**

### **ANTECEDENTES EN EL DERECHO FRANCES:**

Antes de la dominación romana, las Galias regían la conducta de sus pueblos por constituciones, que en forma gradual fueron reemplazadas por el derecho romano. Sin embargo, algunas ciudades galas conservaron sus normas de carácter consuetudinario e individualista, derivadas de las leyes de los bárbaros. Casi al final de la dominación romana, imperó un nuevo derecho en Francia: el canónico, que había tomado su espíritu civilizador del derecho romano. Posteriormente, este nuevo derecho entró en decadencia por la tendencia de encadenar la ley civil a la jurisdicción eclesiástica; y así nació otro derecho: el consuetudinario, que más tarde fue recopilado y publicado, pasando así a ser escrito.

Podemos dejar establecido que antes de la revolución francesa, se había efectuado en Francia una división geográfica, por lo que hace al Imperio del derecho: el sur, en donde se seguía normando la conducta de los hombres por el derecho escrito y el norte, que practicaba las costumbres, de influencia bárbara. Por lo que hace al derecho escrito que se usaba en el sur, estaba compuesto por una serie de normaciones tanto generales como locales, derivadas del derecho romano, del canónico; de las ordenanzas reales, estatutos y reglamentos que existían vigentes en esos tiempos.

La situación expuesta hace comprensible el hecho de que no se lograran en Francia los intentos para la unificación del derecho civil; y lo que no pudo realizar ni la monarquía ni la revolución, lo logró el primer cónsul Bonaparte, que unido a los grandes juristas de la época, tu-

vo una intervención directa en la elaboración de lo que posteriormente se llamó Código Civil Francés o Código de Napoleón (1). Para lograr la existencia de este cuerpo de leyes, se hubo de sortear una seria oposición al grado de que Bonaparte se vió obligado a dar un golpe de estado al Tribunado.

El Código de Napoleón se componía de treinta y seis leyes que fueron votadas y puestas en vigor sucesivamente desde marzo de 1803 a marzo de 1804, habiendo sido reunidas en un solo ordenamiento por ley de 21 de marzo de 1804, quedando así derogado el antiguo derecho.

Las fuentes más importantes tomadas en cuenta para erigir el Código Civil Francés lo constituyeron las costumbres; el derecho romano; las ordenanzas reales y las leyes de la revolución. Los principios estaban inspirados en muchos aspectos, por las conquistas de la revolución y el derecho consuetudinario proporcionó la mayor parte de las disposiciones del Código de Napoleón sobre incapacidad de la mujer casada; potestad marital, comunidad de bienes entre esposos, etc. La intervención de Napoleón, como ya se dijo, fué vigorosa e importante ya que cuando se elaboraba el Código Civil Francés no dejaba de informarse de las soluciones anteriores y de lo que los romanos y Federico el Grande tenían por equitativo (2).

Según Planiol, Napoleón era partidario del matrimonio por lo que era de su aprobación la costumbre romana que trasmitía solemnemente a la doncella; de la tutela del padre a la tutela del marido. Por esto, los redactores del Código de Napoleón consagraron la autoridad marital, pero como no habían creído necesario afirmar el deber de

(1) Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. E. Cajica.

(2) Emil Ludwig. Napoleón. Editorial Diana.— México.

obediencia de la mujer, Bonaparte intervino con vigor: "es que no le haréis prometer obediencia a la mujer? Es necesario que la mujer sepa que, al salir de la tutela de su familia pasa a la tutela del marido. Esa palabra "obediencia" es buena sobre todo para París, donde las mujeres se creen con derecho a hacer cuanto quieren. No digo que esta medida produzca en todas sus efectos; pero desde luego la producirá sobre algunas" (3) Los redactores del Código Civil Francés escribieron el artículo 213: "El marido debe protección a su mujer; la mujer, obediencia a su marido".

En el ordenamiento que comentamos y por lo que se refiere al matrimonio, se siguieron las reglas emanadas de la revolución y del derecho Canónico. El matrimonio era considerado como un contrato puramente civil pero por decirlo así, opina Planiol, se ha venido desdoblado en matrimonio civil y matrimonio religioso. Por su parte Laurent (4) definió el contrato de matrimonio como la convención que regula la asociación conyugal en cuanto a sus bienes; aunque la Ley no daba el nombre de contrato al matrimonio, sin duda para distinguirlo de los contratos ordinarios. Estos contratos tenían todos por objeto intereses pecuniarios. De igual modo, en las estipulaciones que los futuros esposos hacían relativas a los bienes; las partes contractuales no podían, por las convenciones, normar las relaciones del estado personal que creaba el matrimonio. Es la ley, opinaba Laurent, quien organiza el matrimonio y quien determina las condiciones, así como los derechos y las obligaciones que de allí se derivan; y

(3) Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Primera Parte. Volumen IV, pág. 7. Ediciones Jurídicas Europa-América.—Buenos Aires.

(4) F. Laurent. Cours Élémentaire de Droit Civil. Pág. 222 y siguientes

como todas esas reglas interesan al orden público y a las buenas costumbres, no les es permitido a los esposos derogarlas. Sin embargo, no era del todo exacto afirmar que el contrato de matrimonio no podía en ningún caso, modificar las reglas que el legislador había establecido en el título del matrimonio. Una de las consecuencias ejemplificativas más importantes era sin duda, opina Laurent, la que se refería a la incapacidad de la mujer casada: ella no podía realizar ningún acto jurídico sin la autorización de su marido o de la justicia. Esta incapacidad era de orden público y los futuros esposos no podían declarar en sus convenciones matrimoniales que la mujer podía ser capaz; pero el marido podía dar una cierta capacidad a la mujer, estipulando que ella podía realizar todos los actos de administración de sus bienes, sin estar autorizada expresamente, cuando apelaba al régimen de separación de bienes.

Según la opinión autorizada de Laurent, lo anterior era una grave derogación a los principios generales del derecho, pero se explicaba, como muchas otras excepciones relativas al contrato de matrimonio por el favor que el Legislador otorgaba a las convenciones matrimoniales; que nosotros creemos se debía a los principios derivados de la teoría de la autonomía de la voluntad en los contratos, prevaleciente en esa época.

Laurent nos manifiesta que debía necesariamente haber un contrato de matrimonio entre esposos, sea expreso o sea tácito. Era expreso cuando los futuros esposos redactaban una acta de sus convenciones ante un Notario. Era tácito cuando los esposos se matrimoniaban sin haber levantado una acta notarial de sus convenciones matrimoniales y entonces los cónyuges se encontraban casados bajo el régimen de comunidad de bienes.

El Código de Napoleón, estableció, como ya se expresó, que el matrimonio era un contrato civil en lo referente a los bienes los cuales podían sujetarse a contrato o capitulaciones matrimoniales. En el acto del matrimonio se determinaba si se regía el mismo por contrato (capitulaciones hechas previamente ante notario) o se aceptaban las prescripciones del régimen dotal (separación de bienes) señalado en el Código. En este caso, es decir, cuando no había contrato se consideraba a la mujer capaz respecto de terceros, para contratar conforme a las reglas del derecho común. Debía, sin embargo, hacerse una declaración expresa en el contrato de matrimonio, en la que se hiciera relación al régimen dotal o de separación de bienes.

El Código de Napoleón, en su artículo 1108 establecía las condiciones que eran necesarias para la validez de las convenciones y de entre ellas enumeraba la capacidad para contratar. Por otra parte, en el artículo 1124 se determinaba que eran incapaces de contratar, entre otros, las mujeres casadas en los casos expresados por la ley, y por último el diverso 1125 prevenía que las mujeres no podían impugnar, por falta de capacidad, sus obligaciones dado que se estimaba que la mujer casada, al contraer una obligación lo hacía como mandataria de su marido.

La mujer casada conservaba su nombre patronímico, pues la ley no hacía presumible el cambio y sólo se debía indicar su estado civil de casada agregando a su nombre el apellido de su marido; mas si el código no prevía el cambio de nombre, sí establecía el cambio de nacionalidad, en el caso de que la mujer francesa casaba con extranjero, porque según se expresaba en el artículo 19 del Código, debía seguir la condición del marido.

La doctrina prevaleciente coincidía en que se llamaba "estado" de una persona a determinadas cualidades que

la ley tomaba en consideración para atribuirles ciertos efectos jurídicos. Por lo que se refiere a las relaciones familiares, el primer estado se refería siempre a los esposos, es decir, al marido y a la mujer. El estado de "esposo" variaba por efecto de la separación de cuerpos y de la separación de bienes. El artículo 311 establecía que la separación personal llevaría siempre consigo la separación de bienes. La diversidad de los regímenes matrimoniales, afirmaba Planiol, influía sobre la capacidad de la mujer. Esta debía obediencia a su marido y tenía la obligación de vivir con él y de seguirle a cualesquier punto donde fijara él su residencia.

El artículo 108 determinaba que el domicilio de la mujer casada era el del marido. Planiol consideraba importante establecer cual era el domicilio, porque este era un medio de publicidad de los actos relativos a la persona. Si se producía un hecho que modificara la capacidad, los terceros necesitaban ser advertidos, pues la suerte de los contratos dependía de tal capacidad. Esos cambios de capacidad, según Planiol, acontecían cuando la mujer contraía matrimonio; cuando se obtenía la separación de bienes o cuando se decretaba la separación de cuerpos o el divorcio. En estos casos, edictos y avisos se publicaban en el lugar del domicilio de la persona de que se trataba.

El principio general era que sólo el hombre tenía el derecho a establecer la residencia, en uso de su potestad marital o como facultad derivada al jefe de familia; facultad (artículo 208) que era de orden público, por lo que no podía derogarse por convenio mediante el cual la mujer estuviera facultada para escoger el domicilio. Sin embargo, eran tres los casos de excepción en que la mujer podía escoger o cambiar de domicilio sin el concurso o anuencia del marido: Cuando había separación de cuerpos; cuando el marido estaba sujeto a interdicción y por

último, cuando la mujer había obtenido autorización para ejercer el comercio.

La esposa no podía comparecer en juicio sin la autorización del marido, aún cuando los bienes no fueran comunales; pero se exceptuaba este requisito cuando la mujer era objeto de un proceso criminal.

Aún cuando las relaciones matrimoniales no fueran de comunidad de bienes, a la mujer le estaba prohibido que diera, vendiera, hipotecara o adquiriera a título gratuito u oneroso, sin el concurso de su esposo o su consentimiento dado por escrito. Esta regla era un poco excepcionada en el caso de comparecer en juicio y de otorgar un documento público, pues ante la negativa del marido, la mujer podía recurrir a la autoridad judicial para ser oída y que se resolviera la controversia.

La mujer, opcionalmente, podía obligarse por sí misma cuando estaba al frente de un establecimiento comercial público y obligaba al marido si estaban casados bajo el régimen de comunidad de bienes.

Otro de los privilegios concedidos por el Código de Napoleón a la mujer casada, consistía en que podía testar sin autorización del marido.

Por lo que respecta al gobierno de los hijos dentro del matrimonio, el Código de Napoleón negaba a la madre el ejercicio de la patria potestad. Así, en el artículo 373 se determinaba que el padre era el único que ejercía esta autoridad, cuestión que así se entendió en ese tiempo, según la doctrina, pese a que el artículo 372 establecía que el hijo permanecía sometido a la autoridad de sus padres.

El padre era el administrador de los bienes personales de sus hijos menores (artículos 141 y 389) y la educación de éstos correspondía sólo a él.

La madre podía ser tutora aunque había una prohibición general a las mujeres para que ejercieran el cargo de tutores; pues así se desprendía de la lectura del artículo 442. Mientras el marido era el tutor legal de su mujer sujeta a interdicción, la situación contraria se encontraba supeditada a la decisión del consejo de familia, pues así se exponía en el artículo 507.

Las mujeres casadas no podían válidamente aceptar una herencia sin la autorización de su marido o de los Tribunales, porque como ya se expresó, le estaba prohibido adquirir a título oneroso o gratuito sin el asentimiento de su cónyuge (artículo 217). Por este motivo, tampoco le estaba permitido a la mujer casada hacer o aceptar una donación entre vivos, sin la autorización marital; pero sí le era permitido disponer de sus bienes por testamento, como ya dijimos, sin la limitación de la autorización. Sin embargo, la mujer casada no podía ser ejecutora testamentaria, es decir, albacea de una sucesión, si no mediaba el consentimiento del esposo.

El artículo 1124 del Código Civil Francés establecía que entre los incapaces para contratar se encontraban las mujeres casadas, en los casos expresados por la ley. Esto se debía entender en el sentido de que para contratar necesitaba la mujer la concurrencia del marido; pues se suponía que si la mujer casada contraía una obligación, esto lo hacía como mandataria de su esposo, quien podía pedir la nulidad o ratificar el acto.

La casada no podía, por falta de capacidad, impugnar sus obligaciones, según se desprendía del artículo 1125.

La situación de la mujer casada estaba regulada con normaciones de orden público, pues no podían los esposos derogar los derechos y obligaciones que resultaban de la autoridad conyugal, con respecto a la esposa y a los hi-

jos y que correspondían al marido como jefe de la familia. Esto disponía el artículo 1388.

Si el matrimonio se celebraba bajo el régimen de comunidad de bienes, se debía entender que la esposa ponía todo su patrimonio en poder del protector que había buscado y el marido dividía cuanto poseía, con la mejor y más bella parte de sí mismo: con la madre de sus hijos.

El esposo era el único administrador de los bienes comunales, pudiendo enajenarlos e hipotecarlos sin el concurso de la esposa, pero le estaba prohibido hacer donación de ellos, excepto cuando se hacía a los hijos la donación con el fin de establecerlos.

La mujer no podía obligarse ni comprometer los bienes de la comunidad.

En el caso de que la mujer haya obtenido la separación de cuerpos y de bienes o solamente de estos últimos, tenía la libre administración de ellos y podía enajenarlos; pero por lo que respecta a los bienes inmuebles, le estaba prohibida su venta, a menos que hubiera mediado el consentimiento marital o judicial.

También podía suceder que los cónyuges, sin someterse al régimen dotal, declararan que se casaban sin comunidad o que se separaban de bienes. En el primer caso, esa cláusula no daba ningún derecho a la mujer para administrar sus bienes ni de percibir los frutos, pues éstos se consideraban como dados al marido para sostener la carga matrimonial. Cuando se estipulaba que la unión se regía por la separación de los bienes, conservaba la mujer la entera administración de los bienes muebles o inmuebles y el libre goce de sus rentas, mas estaba obligada a contribuir a la carga del matrimonio según lo pactado o en su defecto la ley señalaba que contribuiría únicamente hasta cubrir la tercera parte de sus rentas. Pese a que

en este último caso la mujer administraba sus bienes, no podía vender los inmuebles sin el consentimiento marital o judicial.

La dote era la contribución de la mujer, que en forma de capital, aportaba al marido para soportar las cargas del matrimonio. Todo lo que era propio de la mujer o que se le daba en el contrato matrimonial, se consideraba como bienes dotales, salvo estipulación en contrario. La dote podía incluir todos los bienes presentes y futuros, pero no podía constituirse ni aumentarse durante el matrimonio. El marido era el único que tenía la administración de los bienes dotales durante el matrimonio, como usufructuario, pero podía convenirse que la mujer recibiera anualmente y sólo bajo su recibo, una parte de sus rentas para sus gastos y necesidades personales. Los bienes que no entraban a la dote, se llamaban parafernales y la mujer tenía el goce y administración de éstos, pero no podía venderlos ni comparecer en juicio por su motivo, sin la autorización marital o judicial.

Entonces vemos que en el Derecho Francés, la autoridad del marido sobre los bienes de su mujer estaba asegurada por el mantenimiento de la incapacidad de la mujer casada y por los regímenes de comunidad.

Con anterioridad decíamos que el estado de una persona servía para establecer el número y naturaleza de sus derechos y obligaciones; pero también servía para determinar su aptitud para ejercitar por sí misma sus derechos o cumplir sus obligaciones. Según Planiol (5) esa aptitud constituía la regla: dada una obligación o derecho, será cumplida o ejercitada por la propia persona interesada. En este caso se decía que la persona era capaz. Excepcionalmente la persona titular del derecho o sujeta a

---

(5) Marcel Planiol. Obra citada.

una obligación, carecía de aptitud, o sea, era incapaz. Según este autor, la mujer casada era jurídicamente incapaz, no porque no tuviera el derecho, sino que carecía de su ejercicio.

El Código Civil Francés o Código de Napoleón estuvo en vigor hasta 1900, no sólo en los países conquistados, sino en la mayor parte de Alemania. Difícil es en verdad juzgar actualmente los aspectos negativos que presentaba este Código, dado que las normas legales se estatuyen para las necesidades imperantes en una época determinada; necesidades o motivaciones que pueden cambiar. Sin embargo, es opinión preponderante, que en su orden; la normación de la muerte civil como fin de la personalidad del hombre y la situación de la mujer casada constituyeron los aspectos negativos de esta Legislación.

Ahora creemos oportuno hacer referencia a la evolución que ha experimentado el derecho civil francés, en lo que respecta a la capacidad de la mujer casada. Estimamos de sumo interés comentar las ideas expresadas por los grandes tratadistas Mazeaud, contenidas en sus lecciones de derecho civil, obra ya citada, al efecto:

En Francia, la evolución de las costumbres y de las condiciones de vida, llevaron a las mujeres a reclamar su independencia. El legislador de ese país, inspirándose en resoluciones jurisprudenciales, tomó en cuenta algunas de las reivindicaciones impetradas por las feministas, aunque mantuvo el principio de la autoridad marital derivado de las costumbres e inspirado en los derechos germánicos. La evolución a que nos hemos referido, se inició en el curso del siglo XIX y tuvo su realización con las leyes de 18 de febrero de 1938 y de 22 de septiembre de 1942, que borran de los textos legales el deber de obediencia

de la mujer y su incapacidad; pero como ya lo hemos apuntado, reafirmaba la autoridad del jefe de familia y no tocaba profundamente las reglas de los regímenes de comunidad, es decir que no se experimentaron restricciones sensibles a los amplios poderes que el marido obtenía de las normas relativas a los regímenes matrimoniales.

La ley de 1938, al suprimir el deber de obediencia de la mujer, reconoció implícitamente al marido la cualidad de jefe de la familia; reconocimiento que fué confirmado por la ley de 1942, al establecer que el marido era el jefe de la familia pero reservaba a la mujer un sitio importante, pues es la ayudante del marido. esto es, concurrir con él para asegurar la dirección moral y material de la familia; para proveer a su mantenimiento y preparar su colocación. Es además, suplente de su marido, pues lo reemplaza en su función de jefe si éste se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad en razón de alguna incapacidad, ausencia, alejamiento o por cualquier otra causa. Por último, la mujer es ahora la representante del marido; representación que puede ser judicial cuando el esposo se encuentre imposibilitado de manifestar su voluntad; legal, la que permite a la mujer obligar a su marido en todos los gastos del hogar y por último una representación convencional que es la que permite al marido otorgar poder para que la mujer obre en su nombre, es decir, darle un mandato general incluso en el régimen de comunidad. Estas representaciones sólo se referían al ámbito patrimonial o pecuniario del matrimonio y nunca al personal.

La inspiración individualista de que los poderes del cabeza de familia se daban en interés propio del marido, se modificaron en algo, en el sentido de que tales poderes le estaban conferidos al marido en interés común del matrimonio y de los hijos y no en el suyo propio. Si

el marido desvía esos poderes de su finalidad, incurre en culpa, es decir, abusa de su derecho.

La doctrina francesa actual admite que a pesar de las reformas al Código Civil que hemos comentado, y que hacen presumir que el deber de obediencia de la mujer ha desaparecido, las mismas no tienen su exacta y fiel aplicación, puesto que si tomamos en cuenta que también han hecho del marido el jefe de la familia, resulta con esto que la mujer sigue obligada a inclinarse ante las decisiones de su esposo. A ella sólo le está permitido recurrir al Juez, cuando el marido abuse de los poderes de que está investido. Entonces vemos que las predichas reformas sólo han hecho desaparecer la concepción Bonapartista de la autoridad marital. El deber de obediencia subsiste, pero tiene límites: La mujer puede tener una actividad política o religiosa, incluso en contra del agrado del esposo.

Otra limitación al deber de obediencia que desapareció legalmente pero subsiste de hecho consiste en que la mujer puede negarse a seguir al marido cuando presentare para la familia peligros del orden físico o moral y aunque tiene una residencia separada conserva el domicilio del marido.

Puede también la mujer ejercer cualquier profesión, incluyendo la mercantil a menos que el marido se opusiera y si la mujer estimara injustificada tal oposición podía acudir a la autoridad judicial a efecto de que sea arbitreado el conflicto.

La mujer casada con extranjero, ya no sigue la condición del marido porque por ley del 10 de agosto de 1927, se le ha permitido conservar su nacionalidad de origen u optar por la de su cónyuge.

En síntesis, las reformas a que se ha aludido tienen su fuente en la jurisprudencia francesa y su finalidad era

satisfacer las reivindicaciones feministas. Pese a que suprimen gramaticalmente con la autoridad del jefe de familia el concepto de autoridad marital, en el fondo han dejado que subsista esta última. pues las reglas de los regímenes matrimoniales tornan ilusoria con frecuencia la capacidad con que fué dotada la mujer casada ya que se transmiten al marido (sobre todo en los regímenes de comunidad) los poderes sobre los bienes de la esposa. Por falta de tales poderes la mujer no podía hacer uso de su capacidad.

Consultada la Facultad de Derecho de París sobre la posibilidad de que se reformara el Código Civil Francés, estableciendo la igualdad absoluta entre marido y mujer y la supresión del cabeza de familia, esta venerable institución emitió su voto negativo al proyecto.

## **CAPITULO TERCERO**

### **LA CAPACIDAD CIVIL**

a).—Breve referencia sobre la persona física o individual y sobre la personalidad.

b).—La Capacidad Civil. Su Concepto Capacidad de Goce y Capacidad de Ejercicio. Incapacidades.

## **BREVE REFERENCIA SOBRE LA PERSONA FISICA O INDIVIDUAL Y SOBRE LA PERSONALIDAD.**

El concepto de capacidad se encuentra ligado a otras nociones como lo son las de persona, personalidad, responsabilidad, etcétera. Generalmente las leyes que norman la capacidad y el estado civil de los individuos, hacen alusión a esta figura en los capítulos relativos a la persona. En esta virtud y antes de entrar al estudio de la capacidad civil, creemos oportuno apuntar algunas referencias respecto a la persona física o individual y a la personalidad.

Las personas constituyen el elemento subjetivo, que en primer lugar es tomado en cuenta por el derecho. El otro elemento lo es el objeto. El sujeto es uno de los presupuestos lógico-jurídicos y con esto se quiere dar a entender que todo derecho presupone la existencia de un titular, que lo es el hombre, con exclusión de los demás seres, toda vez que el derecho tiene como fin regular la conducta humana.

Algunos autores, como los Mazeaud, (1) definen a la persona como un sujeto de derechos y de obligaciones, es decir, aquél que vive la vida jurídica. No obstante, la acepción doctrinal más común es la que define a la persona como un ente que tiene la aptitud de poder ser titular de derechos y deberes. A esa aptitud o idoneidad de una

---

(1) Mazeaud. Obra citada.

persona para ser sujeto de derechos y deberes, se le ha llamado personalidad.

A partir de la abolición de la esclavitud y de la supresión de la infamante muerte civil, se puede afirmar, de conformidad con las modernas ideas jurídicas, que todo ser humano está dotado por el derecho de personalidad, es decir, que es una prerrogativa del legislador precisar a quienes confiere la referida aptitud. Las leyes civiles, pese al espíritu igualitario que las anima, afectan a las personas de distinto modo, atendiendo a la capacidad física o moral y a las distintas posiciones en que se sitúe la persona.

Messineo (2) considera aplicables a lo mismo, los conceptos de persona y hombre o ser humano. Afirma el autor en cita, que lo equivalente de "sujeto" es ante todo la persona, el ser humano, el hombre. Para este autor; la persona física goza de una serie de estados y los problemas que se producen con relación a ellos, se les hace coincidir con los de la capacidad. La capacidad, para este tratadista, es solamente una consecuencia del estado de la persona, en sus aspectos fundamentales que son dados por el hecho de la existencia del sujeto y por el hecho de que el sujeto tiene una personalidad y que el reconocimiento de ésta, en cada hombre, en cuanto a tal, es la base primaria e insuperable de cualquier ordenamiento moderno.

En contraposición a la escuela clásica o tradicional, que sustenta la idea de que el individuo humano es naturalmente persona para el derecho, el tratadista Orgáz (3) sostiene que como se trata de una aptitud jurídica, sólo tiene validez y sentido dentro del derecho; por lo que la

---

(2) Francesco Messineo. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II. Ediciones E.J.E.A.—B. Aires Argentina.

(3) Alfredo Orgaz. Derecho Civil Argentino. Pág. 7.

personalidad no es una cualidad natural, sino una estructura que el derecho construye para sus fines. Afirma este autor, que si bien el hombre es una realidad natural, no lo es asimismo la persona, que existe en el campo del derecho, sólo en cuanto el sujeto es capaz de adquirir derechos y obligaciones; o sea, en cuanto tiene aptitud de ser titular de ellos. Esa aptitud no le viene al hombre de la naturaleza, sino del derecho positivo. Para Orgáz, la personalidad es un procedimiento, un expediente de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro; no es en sí un derecho subjetivo, sino la condición previa o el presupuesto necesario de toda adquisición de derechos y deberes. Para el tratadista en cita, la personalidad le es otorgada, atribuida al individuo por el derecho.

El pensamiento de García Máynez, (4) que sigue las ideas kelsenianas sobre este aspecto, es acorde en que la personalidad atribuida por la ley es un acto de creación y no un reconocimiento, tal como lo sustenta la doctrina clásica. Dice este autor que el sujeto del derecho no es el hombre, sino la persona y que si bien es cierto que todo hombre es persona, esto no significa para García Máynez que la personalidad jurídica del individuo se confunda con la realidad humana. La personalidad ética, sin lugar a dudas dice el autor que comentamos, tiene como base la existencia biológica y psicológica del sujeto; pero su personalidad jurídica no debe confundirse con dicha existencia, aunque la presuma. Hombre individual es ser yo y no otro. Como ente moral el hombre obra consigo mismo, por lo que no puede darse aquí la representación. En cambio, ser persona en derecho o ser persona de derecho, tiene como fundamento lo que el sujeto tiene en común con los demás: como marido, como esposa, contri-

---

(4) Eduardo García Máynez. Introducción al Estudio del Derecho. Pág. 272.

buyente, juez, etcétera. Todas las determinaciones de la personalidad jurídica de un sujeto, afirma García Máynez, son funciones determinadas por la política legislativa, es decir, previamente delineadas por ese sujeto o por otro que tenga características iguales.

Tomando en consideración el estado natural, las personas se dividen en nacidos y por nacer; varones y mujeres y, mayores y menores de edad.

La primera cuestión que sugiere el problema de la persona, es la relativa al nacimiento, o sea, a su existencia. Sobre el génesis o surgimiento de la personalidad, han sido elaboradas por la doctrina, tres teorías:

1.—En principio, nos encontramos con la teoría que afirma que la personalidad arranca del nacimiento, porque éste es un hecho cierto, evidente, que puede señalarse con precisión. El sujeto existe para el derecho solamente si se actualiza, es decir, si nace; dado que el nacimiento es a un tiempo el fundamento e inicio de la existencia del sujeto y de la personalidad. Antes del nacimiento, el feto es irrelevante para el derecho de las personas.

Los Estados que han escogido esta solución para el nacimiento de la personalidad, han establecido que ésta aflora en el momento en que ha salido el producto de la preñez del seno materno y respira; o se oyó la voz del nacido; o por testigos que observaron cualesquier otro signo de vida después de haberse cortado el cordón umbilical. La razón de la ley, lo que importa al derecho, es que el nacido haya vivido algún momento después de su completa extracción. Por lo tanto, esta teoría niega que el no-nato tenga autonomía y personalidad propia, puesto que ante el derecho, el feto no tiene otra personalidad que la de la madre, por lo que no se le puede considerar sujeto de derechos y obligaciones, dado que no es un ser autó-

nomo. La vida, dicen los sostenedores de estas ideas, para que pueda ser tomada en cuenta por el derecho civil, debe ser propia; no una prolongación de la vida materna.

2.—La segunda teoría establece el nacimiento de la personalidad (naturalmente) en el momento de la concepción. Hay, dicen los seguidores de esta doctrina, identidad de naturaleza entre el ser nacido y el que pausadamente se gesta en el claustro materno. La vida comienza antes del parto y entonces hay que retrotraer a la iniciación de la vida, la existencia de la personalidad; por lo que se pueden adquirir ciertos derechos por el nonato, como lo son la herencia, legados y donaciones.

Según Orgáz, (5) esta solución es contraria al concepto doctrinal de persona humana; concepto que hace referencia al hombre después de su nacimiento, porque a partir de ese momento es o se puede ser sujeto de derechos y deberes. Mientras se es feto, dice Orgáz, se carece de autonomía, pues si bien es cierto que desde la concepción hay vida humana, sólo por el nacimiento se puede ser persona. El no nacido sólo es una expectativa de vida, aunque el derecho proteja esa vida y los posibles derechos del concebido, con miras a su eventual y futura personalidad; conforme con el principio de derecho que establece que al concebido se le tendrá por nacido, siempre que esto sea para su beneficio. Termina el autor que se comenta, afirmando que mientras no se ha nacido, se tiene una personalidad condicionada..

Rojina Villegas, (6) defensor de esta teoría, expresa que para ser heredero, legatario o donatario, se necesita tener personalidad jurídica, ya que por tales calidades se adquieren derechos patrimoniales, no pudiendo explicarse

---

(5) Alfredo Orgáz. Obra citada.

(6) Rafael Rojina Villegas. Obra citada.

esta adquisición mediante la teoría de la representación de los padres, que son los representantes del concebido y no nacido, porque su representación a la vez está fundada en la existencia del representado, por lo que concluye Rojina Villegas que el embrión es persona que tiene capacidad mínima, pero bastante para ser sujeto de derechos.

Para que el concebido se beneficie con que se le tenga por nacido, es necesario fijar la fecha de la concepción; situación que previó la doctrina y la jurisprudencia Francesa, al permitir al concebido fijar la fecha de la concepción dentro de los trescientos y los ciento ochenta días que preceden a su nacimiento, o sea dicho en otra forma: prevalerse de personalidad en el curso de un período de ciento veintiún días. Nuestro Código Civil preceptúa que se presumen hijos de los cónyuges: I.—Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y, II.—Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga de nulidad, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio y nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

3.—Por último, la tercera teoría, tal vez la más difundida, requiere además del nacimiento, la viabilidad; que es la aptitud del recién nacido para continuar su vida independiente, ya separado del claustro materno. Los hermanos Mazeaud (7) opinan que la creatura humana recibe la personalidad desde su nacimiento o incluso des-

---

(7) Mazeaud. Obra citada.

de su concepción, con la condición de que nazca viva y viable. Nace viva para el derecho francés, en cuanto ha respirado; nace viable, cuando está conformada físicamente de tal manera, que pueda vivir. O sea, la idoneidad orgánica y fisiológica del nacido para continuar vi- viendo.

Las legislaciones de los diferentes Estados, han op- tado por una o varias de las soluciones que para el na- cimiento de la personalidad, se han dejado apuntadas. Así, nuestro Código ha establecido en su artículo 22, que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento; pero desde que un individuo es con- cebido, entra bajo la protección de la Ley, para los efec- tos declarados en esta legislación. (8)

La ratio del precepto referido, nos evidencia que no se reputa que exista una persona hasta que nace un ser humano con vida propia e independiente de la de su ma- dre. Sin embargo, nuestro derecho estima que desde el momento de la concepción, hay un germen de perso- nalidad humana que no puede ser desatendido por el le- gislador, quien según la doctrina, puso especial atención en la vida intrauterina del hombre para los siguientes fines: a).—Asegurarse de su existencia, porque es evi- dente la necesidad de adoptar ciertas precauciones para evitar, por ejemplo, que se simule un embarazo que ha- ga adquirir fraudulentamente un derecho; aunque esta norma no es a favor del concebido, sino de un tercero. b).—Para condicionar y proteger el libre desenvolvimien- to del feto, ya que la existencia de éste es tutelada por

---

(8) Consideramos poco adecuada la terminología de la ley civil en su artículo 22, porque en donde se dice "La capacidad ju- rídica..." debió decirse "La personalidad jurídica..." Esta es una categoría jurídica; aquélla es una cualidad esencial de la personalidad.

las leyes represivas y, c).—Para admitir ciertos derechos del orden patrimonial, como lo son el reconocimiento que se permite a los concebidos, de adquirir por legado, donación o herencia, antes de su nacimiento.

Pero nuestro derecho civil también hace referencia a la viabilidad, en cuanto previene que sólo se reputa nacido al feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas, o es presentado vivo al Registro Civil. (Art. 337). El Código, con el objeto de buscar garantías de certeza y no condiciones generales para la existencia, ha señalado el plazo mínimo de vida al nacido de veinticuatro horas o en su defecto, que fuere presentado vivo al Registro Civil. De no suceder tal hipótesis disyuntiva, se considera que no hubo personalidad; pero ya en el aspecto práctico del problema, es más fácil y segura la prueba del simple hecho de la vida, que no la duración de la vida por un plazo de veinticuatro horas; porque la doctrina ha establecido que se ha nacido vivo cuando el niño ha respirado después de separado del claustro materno y para saber si un cadáver ha respirado basta introducir sus pulmones en un recipiente con agua: si flotan, es que ha penetrado el aire en ellos y consecuentemente, ha respirado. Si por el contrario los pulmones se hunden, se demuestra lo contrario. Ahora bien: para cerciorarse de si un niño ha vivido veinticuatro horas no habrá, generalmente, otro medio de prueba que la declaración de los interesados referente a la hora del nacimiento, duración y momento del fallecimiento; medio de prueba que en determinadas circunstancias resultará parcial y peligroso.

El sexo, que constituye otra cualidad natural, hace distinguir a las personas en varones y mujeres. Pese a que bajo la denominación genérica de hombres se comprende también a las mujeres, la ley civil determina im-

periosamente (Art. 2o.) que la mujer no queda sometida por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles. No obstante, la misma ley distingue al hombre de la mujer, por razón de su sexo, no otorgando a ésta última ciertos derechos o a veces, no con la misma plenitud que al varón y por último, imponiéndole a la mujer ciertas obligaciones. Este aspecto lo abordaremos posteriormente, en el desarrollo de este trabajo.

También por razón del estado natural, las personas se dividen en mayores y menores de edad. La legislación civil establece desigualdad de derechos según la edad de las personas. La mayor edad comienza a los veintitún años cumplidos, es decir, se adquiere a esa edad, la plena capacidad para ejercitar por sí mismo los derechos civiles y por lo tanto, se puede disponer libremente de su persona y de sus bienes. (Arts. 646 y 647). Antes de esa edad, se es menor, aunque el matrimonio y la emancipación produzcan el efecto de dar al menor una cierta capacidad para autodeterminarse por sí mismo.

El estado civil de las personas, hace nacer otra clasificación más. Así y por razón de la familia, la ley no otorga a las personas que la integran iguales derechos ni impone los mismos deberes. Los padres, que forman la unión matrimonial, no gozan de iguales derechos, pese a la tajante declaración (Art. 167) y el ánimo igualitario que prevalece en el Código Civil. De aquí, se distinguen marido y mujer, que cuando engendran a los hijos, dan lugar a otra división: Padres e hijos de familia; a quienes la ley civil trata de diferente manera. Sobre este aspecto, volveremos en el transcurso de este estudio.

Por último, el fin de la persona humana es la muerte y con ella se extingue la personalidad jurídica del sujeto.

Ahora bien: la doctrina mexicana, con Rojina Villegas (9) es acorde en que los atributos jurídicos de las personas físicas o seres humanos, son: la capacidad; el estado civil; el nombre; el patrimonio; el domicilio y la nacionalidad. Para los efectos de nuestra tesis, consideramos pertinente examinar el primero de los atributos mencionados.

### LA CAPACIDAD CIVIL. SU CONCEPTO. CAPACIDAD DE GOCE Y CAPACIDAD DE EJERCICIO. INCAPACIDADES.

El principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el derecho, está constituido por la capacidad; atributo que es inseparable de la persona humana y que por decirlo así, constituye una cualidad jurídica.

Existe un principio de derecho a virtud del cual se estima que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción a la regla. El Código consagra en su artículo 24 esta norma de interpretación, en cuanto dice que el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley. Este principio de que hablamos, se encuentra también consignado en el artículo 647, pero tal regla interpretativa tiene otro sentido y alcance: la incapacidad de goce o ejercicio, lo es sólo en la medida de la ley, de tal manera, que la incapacidad no puede hacerse extensiva a otros supuestos no previstos por la norma.

La capacidad civil, afirma Risolia (10) es substancialmente aptitud para poder ser titular de derechos y

---

(9) Rafael Rojina Villegas. Obra citada.

(10) Marco Aurelio Risolia. Capacidad y Contrato. Pág. 10.

deudor de obligaciones y para obrar por sí en esa calidad, mediante la realización de actos jurídicos.

Algunos autores equiparan los conceptos de capacidad con el de personalidad, pero el autor en cita opina que más bien estas dos nociones se compenetran porque la personalidad es el apoyo y sostén de todos los derechos y deberes: la personalidad, para Risolia, denota esa aptitud, es decir, la capacidad de goce.

Por otra parte, De Pina (11) en su obra "Elementos de Derecho Civil Mexicano", cita a Dualde, quien hace una distinción entre personalidad y capacidad; dada la afinidad de estas ideas: La personalidad es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones en general y la capacidad se refiere a derechos y obligaciones determinadas.

Carnelutti (12) declara que la capacidad es la medida de la personalidad; el índice de la participación que se da al hombre en el ordenamiento jurídico.

Entre nosotros, Rojina Villegas (13) que sigue el pensamiento kelseniano, considera que la capacidad viene a constituir la posibilidad jurídica de que exista el sujeto como centro de imputación de derechos, obligaciones y actos jurídicos.

Consideramos necesario distinguir las nociones de personalidad y capacidad; porque si bien la capacidad presupone la personalidad y ésta tiene como característica fundamental a la capacidad, no son conceptos iguales: La personalidad es una categoría del derecho. La capacidad es una cualidad esencial de la personalidad. La personalidad es genérica, es unívoca, es absoluta. Se tiene per-

---

(11) Rafael de Pina. Obra citada.

(12) Francesco Carnelutti. Teoría General del Derecho.

(13) Rafael Rojina Villegas. Obra citada.

sonalidad, se es persona. O se carece de personalidad, no se es sujeto de derecho. La capacidad es de carácter restringido. Admite graduaciones. Quien es persona, quien es ente jurídico, tiene potencialmente la aptitud de asumir todas las capacidades; pero como éstas se otorgan en razón de ciertos y determinados supuestos normativos, en ningún individuo se darán todos los supuestos necesarios para gozar de todos los derechos posibles, que son múltiples y a veces se excluyen unos de otros. Así, tampoco es dable que alguna persona carezca totalmente de capacidad, porque siendo ésta una característica esencial de la personalidad, quien careciere en absoluto de capacidad, no sería persona en derecho. (14).

La doctrina imperante establece que la capacidad comprende tanto el goce como el ejercicio del derecho.

**CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE GOCE.** La capacidad de goce, que ha sido llamada también por diversos autores capacidad de derecho o como la denomina De Pina, capacidad abstracta, es el atributo substancial e imprescindible de todo individuo; es en sí, una aptitud o idoneidad que —unas más y otras menos— tienen todas las personas para ser titulares de derechos y deudores de deberes. A nadie puede faltar en absoluto la capacidad de goce, pues si se suprimiera totalmente, haría nugatoria la personalidad, es decir, impediría la actuación jurídica del sujeto. Se dice que en el goce estamos en presencia de la capacidad que tiene como característica una disposición estática e ilimitada de la persona humana para adquirir o ser titular de cualquier derecho privado; posición receptiva diríamos, porque la capacidad como la personalidad, tienen un sentido potencial: es capaz quien puede ser ti-

---

(14) Sara Montero Duhalt. "La Incapacidad". Aportación a la Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XVI. Núms. 68 y 64.—1966.

tular de un derecho sin importar mayormente el resultado; entonces, es capaz quien tiene la absoluta posibilidad de recibir los efectos del ordenamiento jurídico.

El tratadista Orgáz (15) estima que en principio, todos los humano, sin restricción de ninguna especie, tienen la misma capacidad de goce para todos los actos y derechos no prohibidos. Cada persona, en los límites de la ley, tiene una aptitud igual a la de los demás para ser sujeto de derechos y obligaciones. Solo la ley puede limitar la capacidad de goce, de tal manera, que algunas personas no pueden ser titulares de ciertos derechos, como por ejemplo, para los actos del estado civil como lo son el matrimonio, el reconocimiento de hijos, la adopción, etcétera, el derecho les niega la capacidad de goce a los privados de inteligencia por locura o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; a los no concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o a los concebidos no viables, quienes por falta de personalidad no tienen aptitud para heredar (Art. 1314)); (16) los menores de dieciseis años, que no son jurídicamente capaces para testar, etcétera. Al decir de Orgáz, estas limitaciones o incapacidades se establecen genéricamente, por lo que no rompen el principio de igualdad de que se hablaba antes, dado que este principio consiste en tratar de la misma manera a los que se encuentran en igual situación, o sea, tratar igual a los iguales.

Los Mazeaud (17) son del parecer de que, en princi-

---

(15) Alfredo Orgáz. Obra citada.

(16) Consideramos poco acertada la terminología del artículo 1314 del Código, toda vez que en donde se dice "falta de personalidad", debió decirse "falta de capacidad", porque los concebidos después de la muerte del autor de la herencia, sí tienen personalidad; lo que no tienen es la titularidad del derecho a heredar.

(17) Mazeaud. Obra citada.

pio, toda persona física tiene la plena capacidad de goce. Excepcionalmente, sin embargo, algunas personas se ven privadas de ciertos derechos por el legislador: no tienen ya la plena capacidad de goce; están sometidas a una incapacidad parcial en el goce de sus derechos civiles.

El criterio expuesto es admitido también por Messino, (18) quien es de la idea de que en ciertos casos se dá privación de la capacidad de determinados derechos. El autor en cita opina que la capacidad jurídica opera dentro del ámbito en que el ordenamiento jurídico singular la reconoce; aún siendo general, la capacidad de goce o de derechos como él la llama, no es incondicionada. No es que el ordenamiento jurídico pueda privar de la capacidad jurídica general al sujeto; pero es ciertamente concebible y admisible que, a propósito de algún derecho se niegue la capacidad, esto es, se den parciales privaciones de capacidad de goce. Lo anterior lo deduce el autor que comentamos, porque para esos derechos no se admite la representación: El sujeto está privado de determinados derechos; o mejor, no se le reconocen —y no le corresponden— determinados derechos; y tampoco otro podría ejercerlos por él. Igualmente, Messineo establece en su obra que comentamos, que no se debe confundir la capacidad jurídica (de goce) que es una cualidad del sujeto, con el poder de disponer —o poder de disposición— que es una relación del sujeto con un derecho subjetivo; aunque a veces la terminología de la ley parezca autorizar la asimilación. El poder de disposición no es un poder autónomo: es parte del contenido de los poderes correspondientes al titular de un derecho subjetivo. Se le puede concebir en sentido lato, identificándolo con el ejercicio del derecho pero en sentido estricto, se refiere especialmente al propietario; y consiste en la objetiva posibilidad de

---

(18) Messinco. Obra citada. Pág. 100 y sig.

privarse de un bien, por lo cual se puede decir que el titular de un derecho subjetivo puede disponer, esto es, puede realizar actos o negocios de disposición de su derecho y al contrario, sólo el titular del derecho puede disponer y consecuentemente, nadie puede disponer de derechos ajenos. Las excepciones a este principio las sujeta Messineo, a que el titular pueda encontrarse en condición de no poder disponer, en todo o en parte de su derecho y, que también un acto de disposición, proveniente del no-titular del derecho, puede ser, en algún caso eficaz; esto es que el sujeto (a veces) puede disponer del derecho ajeno. En este caso, lo vemos cuando la ley, por razones particulares, atribuye eficacia a las adquisiciones de derechos, hechos como consecuencia de un acto de disposición, realizado por el no-titular, (Art. 2270 del Código). Aquí, el poder de disposición de una cosa o derecho ajeno, se convierte en poder autónomo, pero excepcional; y no es ya la manifestación de un poder más amplio, como cuando se le considera con referencia al titular del derecho; se dice, entonces, que el sujeto tiene la legitimación, o la autorización para disponer. Del poder de disposición hay que distinguir, asienta Messineo, la posibilidad de ejercicio del derecho. Este puede también corresponder al no-titular. El poder de disposición se perfila contra la capacidad de derechos, mientras que no tiene razón de incidir sobre la capacidad de obrar, porque esta última, supone Messineo, tiene absolutamente otra esfera de acción.

En relación al problema anterior, Messineo indica que junto a la titularidad del derecho, puede ser relevante jurídicamente, también la apariencia de titularidad (la llamada apariencia de derecho subjetivo), en el sentido de que, a veces la apariencia de titularidad tiene, frente a terceros, la misma eficacia que la titularidad efectiva. La apariencia del derecho es relevante, en el sentido de que el tercero, en determinadas circunstancias, está autori-

zado para considerar que alguno sea titular de un derecho; pero dicho tercero debe ser de buena fé, porque la mala fé quita todo efecto a la apariencia del derecho. Mezsineo afirma que se emplea la expresión legitimación aparente para designar este fenómeno o sea, que alguien quede legitimado para disponer eficazmente del derecho ajeno.

Otro sector de la doctrina estima que la llamada incapacidad de goce no es realmente una incapacidad. Sara Montero Duhalt (19), sostiene que como las incapacidades de goce o derecho están consignadas como prohibiciones particulares de la Ley, tal situación no es mas que la colocación del sujeto dentro del supuesto normativo de una Ley prohibitiva, cuya consecuencia no es una incapacidad de la persona sino la realización de la prohibición querida por la Ley. Entre esas leyes que traen consigo incapacidades, dice la autora, las hay algunas que parecen aludir mas a una prohibición del acto por sí propio, que a una prohibición de tal acto a determinadas personas. Toda prohibición a una persona de celebrar un acto, entraña, en cierto modo, una prohibición a ese acto. La prohibición legal puede alcanzar, al acto en sí, independientemente de los sujetos que lo celebren; o pueden alcanzar al acto con referencia particular a esos sujetos. Si la Ley prohíbe al padre contratar con su hijo, al juez y al albacea comprar los bienes en litigio o en sucesión, a la mujer contraer matrimonio después de cierto plazo de extinguido uno anterior, al extranjero comprar dentro de determinados límites territoriales, etc., para la autora en cita, la ley no está prohibiendo a esas personas la realización (compraventa, matrimonio, etc.), sino que les prohíbe en relación a ciertas y determinadas personas, o dentro de los límites de tiempo o espacio también determinados. Concluye la au-

---

(19) Sara Montero Duhalt. Obra citada.

tora afirmando que en rigor técnico, los casos de incapacidad de derecho son hipótesis de actos prohibidos.

En relación a lo anterior, nosotros opinamos que para el derecho de las personas resulta irrelevante que la incapacidad esté como prohibición o impedimento en la Ley o no. Si a virtud de la Ley el sujeto no tiene la aptitud o idoneidad, o sea, la absoluta posibilidad de recibir los efectos del ordenamiento jurídico, habrá incapacidad de goce. La situación excepcional la examinamos al tratar la teoría de la legitimación sustentada por la doctrina italiana.

**CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE EJERCICIO.** La capacidad de ejercicio, llamada también de hecho o como la nomina De Pina, capacidad concreta, difiere de la de goce en que ésta figura es la aptitud de los humanos para obrar por sí mismos en la vida civil; para, como dice Castán, (20) dar vida a actos jurídicos; de realizar acciones con efectos jurídicos, ya produciendo la adquisición de un derecho u obligación, ya su transformación o extinción, ya su prosecución en juicio.

Fundamentalmente son tres las manifestaciones de la capacidad de ejercicio: poder hacer valer por sí mismo derechos y obligaciones, es decir, cumplir los deberes jurídicos o ejercitar las facultades, para ser parte en cualquier negocio jurídico y, finalmente para poder comparecer en juicio. (21).

La capacidad de ejercicio presupone la existencia de la capacidad de goce, pues sin esta última no se tiene la primera (salvo el caso de la legitimación aparente). En el ejercicio se debe dar por admitido un pleno conocimiento y libertad en el actuar. Aquí es preciso tomar muy en cuen-

---

(20) José Castán Tobeñas. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo I. Vol. I. Editorial Reus.—Madrid. 1936.

(21) Rafael Rojina Villegas, en Conferencia dictada para la Alianza de Mujeres de México.—México. 1953.

ta la voluntad propia del sujeto; elemento que es indiferente en la capacidad de goce. Obrar en la vida jurídica, dice la doctrina, significa actuar por sí mismo. Por esto se ha dicho que la capacidad de ejercicio es una noción dinámica reservada únicamente a las personas físicas o individuales. La ausencia de la capacidad de ejercicio no extingue la personalidad, porque pueden existir privaciones absolutas o relativas, como dice Risolia, grados de inhabilidad a cubrir por la representación o la asistencia; circunstancias que limitan o destruyen la capacidad de ejercicio, como lo son la minoría de edad; la privación de la inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad; la de los analfabetas sordomudos, etcétera. La deficiencia del sujeto incapaz en estos casos, se puede subsanar como ya se dijo, a virtud de la representación o la asistencia. La representación es una figura jurídica que consiste en que una persona capaz actúe a nombre e interés de un sujeto impedido natural o legalmente. El Código de Napoleón concebía a la representación como una ficción de la ley, cuyo efecto era hacer entrar a los representantes en el lugar, grado y derechos de los representados.

Por imperativo del artículo 24 del Código Civil, la plena capacidad de ejercicio existe en las personas mayores de edad; pero como ya se expresó, esta capacidad puede faltar absoluta o relativamente, porque no todos los individuos humanos tienen la facultad o aptitud igual de querer u obrar. Están en desigualdad, por ejemplo, el niño y el hombre, por lo que la ley completa la falta o limitación de la voluntad del sujeto menos apto, con la representación de uno capaz y entonces, la igualdad se restablece.

Para Rojina Villegas, (22) en la incapacidad de ejercicio se distinguen los siguientes grados:

---

(22) Rafael Rojina Villegas. Obra citada.

I.—El primer grado comprende al concebido, pero no nacido, en donde existe la representación de la madre, o en su caso, por el padre y la madre, atento a lo dispuesto por la fracción I del artículo 414 del Código. Los representantes del concebido adquieren los derechos de éste por su conducto y los hacen valer si fuere necesario.

II.—El segundo grado de incapacidad citado por Rojina Villegas, corresponde al que tiene su origen desde el nacimiento hasta la emancipación. Con esto se hace referencia a la minoría de edad, que se sanciona con una incapacidad, conforme a la fracción I del artículo 450 del Código; incapacidad que es total, porque siempre necesitarán los menores de un representante para poder actuar en el ámbito de sus derechos civiles. Los que ejercen la patria potestad y los tutores y curadores, son, en su caso, los legítimos representantes de los menores.

III.—El tercer grado de incapacidad corresponde a los menores emancipados, a quienes se sanciona con una incapacidad legal por el artículo 451 del Código, dado que según el diverso 643, no pueden comparecer en juicio, por lo que debe nombrárseles para ese efecto un tutor dativo; les es preciso autorización judicial para celebrar actos de dominio y para contraer matrimonio necesitan de la autorización de quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o en su defecto, la autorización judicial.

IV.—El último grado de la incapacidad de ejercicio corresponde a los mayores de edad privados de inteligencia o simplemente perturbados en sus facultades mentales; incapacidad a que también se hace referencia en el artículo 450 del Código. Como generalmente esta incapacidad es total, la representación opera de plano para hacer valer los derechos y acciones del incapacitado y celebrar a su nombre y beneficio actos de administración y dominio; estos últimos, con autorización judicial. Sin embargo, para

Rojina Villegas, la representación no opera para estos casos, en cuanto se trata de la realización de actos familiares o intuite personae relacionados con el estado civil. Se dice también, que en materia de contratos la regla de la representación para el incapacitado se observa sin excepción: Aún cuando el mayor de edad tenga intervalos lúcidos, no puede celebrar por sí mismo contratos si no está en pleno uso de sus facultades mentales. En cambio, en materia de testamentos, la aptitud para que sea otorgado válidamente un testamento por el incapaz en un momento de lucidez, es permitida por el derecho.

De lo expuesto se desprende que en materia de capacidad de ejercicio, la aptitud o idoneidad puede existir plena e intacta en algunas personas o puede faltar absolutamente en otras o bien, puede faltar, pero solo en relación a actos determinados.

Relacionado con el problema anterior, el autor que hemos venido comentando en último término, sustenta el criterio de que, no obstante la plena capacidad de ejercicio de los mayores de edad, que les permite contratar, a veces esta no resulta bastante para celebrar actos jurídicos especiales (de administración, dominio, etc.). Este tratadista es del parecer de que al lado de la capacidad general, existe una capacidad especial que la ley señala como requisito para celebrar actos de dominio. Esa capacidad la hace consistir el autor en la posibilidad jurídica de disponer de los bienes de que se trate. Esta capacidad presupone la propiedad; la autorización legal o la del propietario a efecto de celebrar actos de dominio. Rojina Villegas establece que, en cuanto se trata de actos de administración, la capacidad requerida por la ley no es tan estricta, porque aquí no se altera la propiedad de la cosa; pero que también para estos actos se necesita o tener la propiedad o bien un derecho de goce sobre los bienes ajenos,

ya que los actos de administración no suponen forzosamente la propiedad en quien los ejecuta.

El artículo 23 del Código determina que la menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero que los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes. Nos parece poco acertada la terminología jurídica del Código, porque donde se dice "restricciones a la personalidad jurídica", debió decirse "restricciones a la capacidad", dado que ésta sí admite limitaciones y no la personalidad, que no es factible de que sea restringida. Además, el legislador al determinar que los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes, está haciendo referencia únicamente a la incapacidad de ejercicio y no toma en cuenta que dentro de las incapacidades establecidas por el Código las hay de goce, que no permiten la existencia de la representación.

Las incapacidades se encuentran previstas en la norma legal, estimándose que no deben ser impuestas por manifestación de los particulares, es decir, por contrato o acto jurídico. Únicamente la ley puede decretarla. Así se desprende esta regla de interpretación del artículo 24 del Código, en cuanto permite al mayor de edad disponer libremente de su persona y bienes, salvo las limitaciones que establece la ley. Esta norma se complementa con la contenida en el artículo 1798 del mismo ordenamiento, que dispone que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.

La incapacidad se ha definido como la ineptitud o falta de idoneidad del sujeto para ser titular de derechos o deudor de obligaciones o de ejercer aquellos por sí mismo. En el primer caso se trata de la incapacidad de goce y en el segundo se alude a la incapacidad de ejercicio.

La doctrina ha determinado que la incapacidad puede ser total o parcial. Es total únicamente para la incapacidad de ejercicio, que puede ser suplida por la representación o la asistencia. No es aplicable esta categoría a la incapacidad de goce, porque de ser así, traería aparejada la extinción de la personalidad jurídica del sujeto; concepto ya superado por el derecho al ser suprimida la muerte civil y la esclavitud de todas las legislaciones. La incapacidad parcial la podemos encontrar tanto en el goce como en el ejercicio del derecho.

Nuestra legislación civil positiva, ha establecido tomando su antecedente de la Ley de Relaciones Familiares, que la incapacidad puede ser natural y legal. Según la doctrina, la incapacidad natural es aquella que toma en cuenta los datos de la naturaleza, como por ejemplo, la del menor de edad. La incapacidad legal es la que se funda en la ley misma y se motiva en razones de moral, buenas costumbres, utilidad común o de orden público. A este grupo de incapacidades pertenecen, por ejemplo, los menores de edad emancipados.

Por los efectos que produce la incapacidad, la doctrina (23) la ha clasificado en incapacidad absoluta e incapacidad relativa. Examinaremos estas dos cuestiones, desde el punto de vista de la incapacidad de goce y de la incapacidad de ejercicio.

La incapacidad de goce se ha definido como la ineptitud o no idoneidad del sujeto para poder ser titular de derechos y deudor de deberes. Solo puede ser impuesta por la ley en forma expresa de tal manera, que excepcionalmente ciertos individuos no pueden ser titulares de determinados derechos. Esta incapacidad se establece genéricamente o sea, para todos aquellos que se encuentran

---

(23) Alfredo Orgáz. Obra citada.

en la hipótesis prevista por la ley y se le llama absoluta, porque los actos ejecutados por los incapaces de esa naturaleza se sancionan con una nulidad absoluta, que es aquella que por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción. Se ha señalado como ejemplo, el contenido en el artículo 2276 del Código, en donde se prohíbe a los magistrados, los jueces, el Ministerio Público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos, comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco los nombrados podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes.

La opinión contraria al aspecto ejemplificativo que hemos citado, la sustenta Messineo, quien al tratar sobre la legitimación para contratar, determina que con esta se logra superar el concepto de capacidad. Esta es una manera del sujeto en sí, en cambio, la legitimación consiste en el hecho de encontrarse el sujeto en una determinada posición; esto es, en un modo de ser del sujeto respecto de otros (sujetos) o con relación al bien o a los intereses que son materia del contrato. Por lo tanto, dice Messineo que aunque el sujeto sea capaz, cuando falta la legitimación no podrán nacer determinados efectos jurídicos, como lo son los ejemplos que hemos apuntado arriba o sea, de vender o comprar, de ser cesionario, etcétera. En todos estos casos, para Messineo, no se trata de incapacidad porque los contratantes la tienen plena. Afirma este autor, que la legitimación solo se eleva a requisito autónomo del contrato, en los traslativos de dominio, como son la venta, la cesión de créditos y la donación. En estos casos, no se trata de una incapacidad jurídica relativa, sino más bien de casos de incompatibilidad, por razones de orden públi-

co y como consecuencia, la sanción de invalidez del contrato. (24).

Estimamos correcto el juicio doctrinal del tratadista italiano, pero pensamos que la legitimación, tal cual él la contempla, se dá con más insistencia en el ámbito de los contratos. Dentro del derecho de las personas se pueden dar ejemplos de que sí exista la incapacidad de goce, sancionada con nulidad absoluta; como una manera de ser del sujeto en sí. El ejemplo sería el del loco, quien ni por sí ni por medio de su representante (Art. 537-V) puede realizar actos familiares del estado civil, tan trascendentales como lo son el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos, etcétera; prohibición que no puede jurídicamente realizar ni aún en intervalos lúcidos, porque, como afirma Verdugo, (25) si se permitiera que el loco, durante su lucidez, pudiera contraer matrimonio, se vería el acto del matrimonio bajo un solo aspecto: sus condiciones de contrato, descuidando otros más graves por los que aquél se presenta, no como la institución de un día, circunscrita solamente a las personas de los contrayentes, sino de toda la vida de estos y susceptibles de extenderse a los hijos y a las innumerables generaciones. Contemplando así el matrimonio del loco durante intervalo lúcido, se admite sin temor a dudas la privación de la capacidad de goce para ese fin, por tratarse de un bien público y trascendental que no pertenece a este sujeto o a aquél, sino a un interés preponderantemente social, porque la locura se puede heredar inmediata o alternativamente.

---

(24) Citado por el Maestro Leopoldo Aguilar en su obra "La Venta de Cosa Ajena", publicado como aportación a la Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XVI. Núm. 61.—1966.

(25) Agustín Verdugo. "Principios de Derecho Civil Mexicano". México 1886.

Consideramos oportuno citar a Carnelutti, (26) quien previene que debe distinguirse con sumo cuidado la legitimación de la capacidad. Esta es un modo de ser del sujeto en sí, en tanto que la legitimación es el deber ser o no ser del agente o del paciente sujeto a una relación jurídica respecto del bien sobre el cual se desarrolla el hecho, para que este produzca determinadas consecuencias jurídicas.

Examinaremos ahora la división doctrinal de la incapacidad en absoluta y relativa, pero desde el punto de vista del ejercicio del derecho. Hemos dicho que la incapacidad de ejercicio es la ineptitud o falta de idoneidad del sujeto para intervenir por sí mismo en la vida jurídica. El elemento diferenciador en esta figura lo es la voluntad propia del sujeto. Aquí la falta de aptitud puede darse en forma plena o solo en relación a un acto o actos determinados, porque la incapacidad de esta naturaleza solo inhabilita al sujeto para actuar por sí mismo, mas no le impide ser titular de derechos y deudor de obligaciones, por medio de sus representantes legales. Cuando la aptitud falta absolutamente, como en los sujetos que carecen de voluntad propia, como lo son los impúberos, dementes, sordomudos analfabetas, ebrios consuetudinarios y toxicómanos habituales, no tienen la capacidad de ejercicio, por lo que los actos que realicen contraviniendo la prohibición de la ley, están sancionados con nulidad absoluta.

Otros sujetos, por el contrario, son incapaces de manera relativa, es decir, sólo en relación a actos determinados. Para los demás actos son perfectamente capaces. Tienen voluntad propia pero ausencia de madurez de juicio para realizar por sí ciertos actos. Los menores emancipados son el ejemplo de los incapaces relativos, pues la ley civil les hace requerir del consentimiento del que los

---

(26) Francesco Carnelutti. Obra citada.

emancipó para contraer matrimonio o en su defecto, de quien ejerza la patria potestad o del juez; de autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar inmuebles y, de tutor para negocios judiciales. El acto ejecutado por un incapacitado relativo produce una nulidad relativa, es decir, la que permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos; puede prevalecerse de ella sólo el interesado y ser convalidado el acto.

Es pertinente establecer que sólo mediante declaración judicial puede decretarse la incapacidad de las personas. Esa declaración judicial, según la doctrina imperante, persigue cuatro efectos primordiales en derecho: a).—Declarar quienes son incapaces o sea, determinar las personas que no pueden actuar por sí mismas en el ámbito del derecho civil. b).—Imponer la sanción de invalidez a los efectos de los actos realizados por los incapaces. c).—Dotar a los incapaces de representantes que puedan actuar a su nombre y, d).—Proteger la persona y los bienes de los incapaces por medio de instituciones idóneas. (27).

Por último, es de estimarse que cesa la incapacidad cuando han desaparecido las causas que la produjeron. A excepción de la minoría de edad, en los demás casos se precisará de una sentencia judicial que declare que el incapaz ha recobrado el pleno goce de sus derechos como un sujeto capaz.

Para los efectos de este trabajo, no consideramos, dado sus límites, agregar algo más sobre este tema y sólo deseamos dejar establecido que en casi todas legislaciones del mundo persistió la incapacidad de la mujer casada, cuyos actos se sancionaban en un principio con nulidad absoluta, cuando eran ejecutados sin la autorización del marido. Posteriormente y tal vez viendo solo el interés de los terceros

---

(27) Sara Montero Duhalt. Obra citada.

que pudieran contratar con la mujer casada y tras largas discusiones, los tratadistas admitieron que los actos de aquella fueran sancionados con nulidad relativa. Se admitió entonces que la incapacidad de la mujer casada fuera cubierta con la representación del marido o sea, se seguía el sistema común de la autorización marital y el extraordinario de la autorización judicial: la mujer no podía actuar sin el permiso del marido o del juez en su caso, cualesquiera que fuera el régimen económico que normara el matrimonio.

La doctrina pretendió justificar la incapacidad de la mujer casada, con muy variados argumentos, pero era evidente que, viuda o soltera, la que era mayor de edad se manejaba por sí misma; demandaba y era demandada; compraba y vendía y en fin, se conducía en su vida jurídica con plena libertad y solo cuando se unía en vínculo matrimonial, la mujer sufría una injustificada limitación o disminución de su capacidad civil (28).

La situación a que nos hemos referido en párrafos anteriores y con más amplitud en los Capítulos Primero y Segundo de esta tesis, provocó una serie de movimientos feministas, que pedían a los legisladores del mundo, les concedieran la capacidad política que también les estaba restringida; obtenida ésta, solicitaron la plena capacidad civil y posteriormente, la igualdad absoluta del hombre y la mujer, inclusive en el matrimonio. Así, la mujer adquirió en la casi totalidad de las legislaciones, la plena capacidad en el goce y ejercicio de sus derechos civiles.

---

(28) José María Manresa y Navarro. "Comentarios al Código Civil Español". Ed. Reus.—Madrid, 1924.

## **CAPITULO CUARTO.**

### **La situación jurídica de la mujer casada dentro del matrimonio:**

- A).—Efectos entre consortes.**
- B).—Efectos en relación a los hijos.**
- C).—Efectos respecto a los bienes.**
- D).—Relaciones de autoridad. Condición jurídica de la esposa.**

Consideramos necesario para el desarrollo del tema, establecer la situación legal que guarda la mujer dentro del matrimonio, ya que éste constituye la única forma de originar normalmente a la familia. Del matrimonio se derivan las relaciones paterno filial legítima y los nexos de parentesco. Además, es la fuente de graves obligaciones e importantes derechos, no sólo instituidos para la persona de los cónyuges, sino generalmente trascendentales a otros seres y a la sociedad que se forma con la unión de las familias. En este apartado estudiaremos las relaciones jurídicas que se presentan entre los cónyuges, relativas a su persona; a los efectos de esas relaciones para con los hijos del matrimonio y abordamos asimismo el tema de los regímenes matrimoniales, que regulan los bienes dentro del matrimonio y, por último, trataremos lo referente a las relaciones de autoridad que se establecen entre los esposos; para así determinar la condición jurídica de la mujer casada.

A).—EFECTOS ENTRE CONSORTES. Las relaciones jurídicas que se dan entre los esposos relativas a su persona, se pueden estudiar desde dos puntos de vista: como deberes recíprocos y como relaciones de autoridad. (1) Examinaremos a continuación los deberes y derechos recíprocos de los esposos y dejaremos el estudio de las relaciones de autoridad, para la última parte de este capítulo.

---

(1) Mazeaud. Obra citada.

Las relaciones personales entre los cónyuges, son fundamentalmente de carácter moral y sólo son incorporadas al derecho, en la medida en que es posible lograr su efectividad por los medios legales.

Indiscutiblemente, el primer efecto que se origina entre marido y mujer, es la formación del vínculo matrimonial, con los derechos y deberes que de él se derivan y que se encuentran consignados en las leyes civiles que regulan el estado de las personas. A resultas del matrimonio, el estado civil cambia: de solteros, viudos o divorciados, devienen personas casadas. Empero, creemos que con el matrimonio se puede dar también otro efecto, que tiene como fin ampliar el ámbito de la capacidad de ejercicio de los cónyuges menores de edad, a virtud de la emancipación.

La organización de la familia, que se establece con el matrimonio, hace nacer una serie de derechos y deberes que pueden ser tutelados por uno sólo de los cónyuges; ya sea el marido, quien por ejemplo tiene en primer lugar el deber de dar alimentos a su cónyuge; ya sea la esposa, a quien se impone el deber de dirigir y cuidar de los trabajos del hogar, o bien, y lo que es más común, tales facultades y deberes se determinan en forma recíproca. A estas relaciones se les ha llamado deberes conyugales o relaciones de igualdad.

Los deberes comunes a ambos cónyuges, fundados en un principio de reciprocidad, para Rojina Villegas, (2) son: a).—El derecho a la vida en común, con la obligación correlativa de la cohabitación. b).—El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente; c).—El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos y, d).—El derecho y la

---

(2) Rafael Rojina Villegas. Obra citada.

obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

a).—El derecho a la vida en común con la obligación correlativa de la cohabitación. El artículo 163 del Código, impone a los esposos la obligación de vivir juntos en el domicilio conyugal. En este dispositivo se establece el derecho a exigir la convivencia en el domicilio común. Afectan a este extremo, cuantas disposiciones regulan el establecimiento del domicilio conyugal y las que determinan las excepciones por medio de las cuales se exime a alguno de los cónyuges de la obligación de vivir juntos. El domicilio de la mujer casada se ha supuesto siempre en el de su marido y a éste ha correspondido el derecho de fijar el domicilio conyugal. Los Códigos Civiles de 1870-1884, así como la Ley de Relaciones Familiares de 1917, preceptuaban lo anterior en forma expresa: "La mujer debe vivir con su marido". Los primeros determinaban también que el domicilio de la mujer casada, si no estaba legalmente separada de su marido, era el de éste y que tenía ella la obligación de seguirle, si el marido lo exigía, dondequiera que estableciera su residencia, salvo pacto en contrario celebrado en las capitulaciones matrimoniales y el derecho de la esposa de recurrir al Juez, cuando el marido trasladare su residencia a país extranjero.

Nuestro derecho civil vigente, no establece el derecho a que nos referíamos, para que sea tutelado por el marido y como una obligación impuesta a la esposa. El predicho artículo 163 solamente determina que los cónyuges deben vivir juntos en el domicilio conyugal. El legislador, en su exposición de motivos previene lo siguiente: "Como consecuencia de esta equiparación (entre marido y mujer) se dió a la mujer domicilio propio". Por lo tanto, es de presumirse, dado el espíritu igualitario que anima a nuestra legislación civil, que de común acuerdo los cón-

yuges fijarán el domicilio conyugal. El dispositivo legal en cita determina también que los tribunales podrán eximir del deber de convivencia y comunidad de habitación, a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en país insalubre o indecoroso. Sin embargo, lo que se estima contrario a la esencia del matrimonio y fuera de los casos de excepción, es que marido y mujer vivan separados, porque el matrimonio supone que una sola y misma habitación ha de existir para los esposos. A través del deber de convivencia se cumplen los fines más importantes del matrimonio que significan la asistencia diaria, así como la mutua participación de los esposos en una misma vida física y moral.

La violación por parte de alguno de los esposos a las normas que determinan la comunidad de domicilio, tienen las sanciones consistentes en hacer uso de la fuerza pública para obligar al cónyuge contumáz a la comunidad de domicilio; liberar al esposo cuyo cónyuge no respeta la obligación de cohabitación, del deber de asistencia y socorro; pago de daños y perjuicios y, por último, el nacimiento de la causal de divorcio consistente en el abandono injustificado del domicilio conyugal, para el efecto de disolver el vínculo matrimonial, es decir, que la sanción última para el que transgrede el deber de cohabitación consiste en actualizar la hipótesis que contiene la causal de divorcio, que tiende a legalizar la separación de cuerpos, que de hecho ya existía y que se traducía en una injuria para el cónyuge abandonado. Sin embargo, hay que destacar el hecho de que las sanciones a que aludimos, no se aplican sino a la negativa culposa del cónyuge a cohabitar.

b).—El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente. Uno de los fines primordiales en el

matrimonio es sin duda, la unión para perpetuar la especie o sea, el ayuntamiento carnal. Según algunos autores, este derecho y obligación correlativa, se encuentra ya circunscrito en el deber de cohabitación. No nos parece exacta la afirmación anterior, porque una cosa es el deber de vivir juntos en el domicilio conyugal y otra muy distinta es la unión para perpetuar la especie. Tan es así, que en el derecho canónico se norma que el matrimonio al cual no sigue la cópula carnal, no se tiene por consumado, aunque vivieren los esposos en la misma habitación.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 definían al matrimonio como sigue: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

La Ley de Relaciones Familiares de 1917, conceptuaba al matrimonio en la forma siguiente: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

El Código actual no define al matrimonio, motivo por el cual no está expresamente determinado el débito carnal, pero en su artículo 147 se lee que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta. No se trata, cuando se habla del ayuntamiento carnal, de una función puramente biológica, sino que entraña también una función jurídica tendiente a cumplimentar los fines del matrimonio, de tal manera, que cada cónyuge está facultado para exigir del otro, el débito carnal. La negativa al deber de relación sexual, injustificada y sostenida, importa una injuria grave al cónyuge, que se traduce en una causal de divorcio.

Al efecto, Rojina Villegas (3) dice que en relación a este deber, se establece como impedimento dirimente la impotencia incurable para la cópula, pero si la nulidad del vínculo no se demanda dentro de los sesenta días siguientes a la celebración del matrimonio, ya no habrá sanción al incumplimiento del débito carnal, pues el divorcio sólo procederá si la impotencia sobreviene a la celebración del matrimonio.

c).—El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos. Aunque no consignado expresamente por nuestra ley civil, otro de los derechos y obligaciones correlativos en el matrimonio, estriba en que los esposos deben guardarse perfecta fidelidad. La fidelidad es una forma establecida por la ley para que indirectamente se practique la monogamia, estimándose prohibida la existencia de relaciones íntimas de uno de los esposos para con otra persona del sexo contrario, aunque no llegaren esas relaciones al adulterio. Este deber se impone con la misma fuerza para el hombre y la mujer, pero la situación puede presentarse en diferente graduación, por lo que existen diversas formas de incumplimiento. Los antecedentes legislativos de nuestro Código Civil, imponían expresamente el deber de fidelidad mutua; pero como se ha afirmado, éste no se encuentra consignado en el ordenamiento civil vigente, pero se evidencia tacitamente a través del adulterio, que es la máxima transgresión al deber de fidelidad y se encuentra sancionado como delito en la ley penal y como originador de una causal de divorcio en la ley civil; mas como hemos afirmado, también se encuentra sancionada la violación al deber de fidelidad, para todos aquellos actos que moralmente no demuestren en los cónyuges una conducta decorosa, según las buenas costumbres. La inobsevancia al deber

---

(3) Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. Tomo I.

de fidelidad en la forma expuesta, no entraña el adulterio, pero sí una injuria grave; un ataque a la honra y a la reputación del otro cónyuge, que se traduce en una causal de divorcio distinta a la causal de adulterio.

d).—El derecho y la obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua. Tanto el Código Civil de 1870, como el de 1884, imponían la obligación alimentaria únicamente al varón, aún en el caso de que la mujer no haya llevado bienes al matrimonio. Excepcionalmente, si ésta tuviera bienes propios, estaba obligada a dar alimentos a su marido, cuando éste careciere de aquéllos y estuviera impedido para trabajar.

Este derecho, correlativo de una obligación de igual dimensión, se manifiesta principalmente con la prestación de alimentos, que impone la ley civil vigente en sus artículos 164 y 302, más este deber no se agota en el aspecto puramente patrimonial, como después veremos. La palabra alimentos, tiene en derecho un sentido técnico que nos lo dá el artículo 308 del Código: los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en los casos de enfermedad. La obligación alimentaria es recíproca; el que dá alimentos, tiene a su vez derecho a pedirlos. En el matrimonio, los cónyuges deben darse alimentos, pero corresponde al marido con más fuerza el deber de proporcionarlos a su mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar. Nos parece obvio que tal obligación sea llevada con más peso por aquél que debe tener los principales derechos en el seno familiar; más el artículo 164 añade que si la mujer tuviera bienes propios o desempeñare algún trabajo, o ejerciere alguna profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad de dichos gastos, a no ser que el marido estuviere imposibilitado

para trabajar y careciere de bienes propios, pues entonces todos los gastos serán por cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella. Entonces, este deber que se denomina de socorro, consiste en proporcionar subsidios que se traducen en una doble obligación: la obligación alimentaria de los cónyuges y la obligación para cada uno de ellos de contribuir a las cargas del hogar, proporcionalmente a sus recursos. Es tan importante el deber de socorro, que aún después de disuelto el vínculo matrimonial por el divorcio, subsiste para el cónyuge culpable la obligación de proporcionar alimentos al cónyuge inocente, siempre que el acreedor alimentario los necesite y no haya contraído nuevas nupcias.

No debemos confundir el deber de socorro, con el deber de asistencia. Este último consiste en dispensar cuidados personales; en aportar ayuda moral y material; en un consuelo; en proteger. (4) Tiene un carácter muy especial el deber de asistencia, que se hace más imperioso cuando el cónyuge está enfermo, porque consiste en el auxilio espiritual, de contenido puramente moral. Por esto se dice que mientras el deber de socorro implica una obligación de dar, el deber de asistencia envuelve una obligación de hacer. En nuestro derecho existe un caso de limitación al deber de asistencia, en cuanto se permite que uno de los esposos, obligado por el deber de cuidar de la salud de su cónyuge, pueda divorciarse cuando éste padeciera enajenación mental incurable; aunque para incurrir esa causal de divorcio es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó la enajenación mental incurable.

Tanto el deber de alimentos como el de asistencia, tienen la sanción a su inobservancia prescrita en la ley civil, ya como causal de divorcio motivada por la negativa de

---

(4) Mazeaud. Obra citada.

un cónyuge a dar alimentos; ya como injuria grave. La negativa a proporcionar alimentos, cuando se está obligado a darlos, puede implicar también un hecho delictuoso, penado por las leyes represivas.

En conclusión: las obligaciones que establecen reciprocidad y relaciones de igualdad, revelan jurídicamente la esencia del matrimonio.

**B.—EFECTOS EN RELACION A LOS HIJOS.**—Entre los padres y los hijos se originan relaciones de diferente dimensión, sumamente numerosas. Existe una obligación alimentaria recíproca y la incapacidad de ejercicio de los hijos menores hace necesaria la administración legal confiada a los padres que ejercen la patria potestad, que es el aspecto pecuniario de esta institución; aparte de las relaciones jurídicas de autoridad que se establecen sobre la persona de los hijos.

La doctrina, con Rojina Villegas, (5) estima que se deben estudiar los efectos del matrimonio respecto de los hijos, desde los siguientes puntos de vista: a).—Para atribuirles el carácter de hijos legítimos; b).—Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de los padres y, c).—Para originar certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

En la exposición de motivos del Código Civil, se expresa lo siguiente: 'Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio . . . ' (naturales, espúreos, adulterinos, sacrílegos, mancères e incestuosos), conceptos estos que trató de cambiar la legislación civil por los de hijos nacidos de matrimonio e hijos nacidos fuera de matrimonio. En esta virtud, seguiremos en lo posible esta terminología, tomando en cuenta que el artículo 324 de

---

(5) Rafael Rojina Villegas. Obra citada.

la Ley nos indica que los hijos deben considerarse bajo esa clasificación, toda vez que tal dispositivo legal establece la paternidad y filiación, en cuanto se presumen hijos de los cónyuges a los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y a los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo. Entonces, se tiene la certeza jurídica de que los hijos concebidos a partir del matrimonio, son hijos del marido, no admitiéndose contra esta presunción otra prueba, que la de haber sido físicamente imposible a éste, tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento ochenta días que han precedido al nacimiento. La medicina legal enseña que la gestación, que concluye con el nacimiento, no puede durar menos de seis meses ni prolongarse por más de diez.

Según Fernández Clérigo, (6) al derecho de familia le interesa conciliar dos condiciones esenciales para su vigencia y efectividad, como lo son la certeza y la estabilidad. Por lo que hace al hecho físico de la generación, que dá el hecho jurídico de la filiación y el parentesco y tomando en cuenta que por lo que hace al padre, el fenómeno de la creación es misterioso, impenetrable y poco propicio a justificación probatoria, la ley ha instaurado una presunción en donde no es posible lograr una demostración: del hecho conocido del matrimonio, se infiere el desconocido de la paternidad. Mediante el hecho público del matrimonio, se llega a presumirse que los hijos nacidos de la mujer han sido engendrados por el marido; por lo que hay que distinguir, por lo tanto, la procedencia materna de la paterna. La primera se trata de un hecho de fácil comprobación y por el contrario, la segunda sí presenta dificultades para su demostración. Por esta razón se

---

(6) Luis Fernández Clérigo. El Derecho de Familia en la Legislación Civil Comparada.

estimó, desde en tiempo de los romanos, que no era el hecho de haber nacido después del matrimonio el que determinaba la presunción de paternidad, sino que lo era la concepción durante el matrimonio, dado que resulta que puede darse el caso de hijos que han sido concebidos durante el matrimonio y nacidos después de su disolución.

Cuando el hijo ha sido concebido durante el matrimonio, adquiere el estado de hijo legítimo o habido dentro del matrimonio.

Para el tratadista Mateos Alarcón, (7) las palabras paternidad y filiación expresan dos calidades correlativas e inseparables: aquella la calidad de padre y ésta la de hijo. Consisten en relaciones naturales y sociales que unen los descendientes a los ascendientes de uno y otro sexo, pero la denominación general de paternidad comprende a la maternidad, que es el vínculo por medio del cual están unidos la madre y el hijo. Afirma el autor en cita que la doctrina tradicionalmente ha distinguido la paternidad y filiación en tres especies: natural y civil a la vez; solamente natural y solamente civil. Es natural y civil, respecto a los hijos nacidos de matrimonio. Es solamente natural respecto a los hijos nacidos fuera de matrimonio y es solamente civil, respecto de los hijos adoptivos.

La filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio, se prueba con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres. La posesión de estado de hijo de matrimonio, a falta de partida de nacimiento y de acta de matrimonio de los padres, se establece cuando ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y la sociedad y si concurren las siguientes características: a) Que haya usado constantemente el apellido del que se dice su padre, con anuencia de

---

(7) Manuel Mateos Alarcón. Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal.

él. b) Que el padre lo haya tratado como hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento. c) Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

El presupuesto necesario para poseer el estado de hijo nacido de matrimonio, es que éste (el matrimonio) exista o haya existido.

Otro de los efectos que se presentan entre padres e hijos, es aquel que otorga el carácter de hijos de matrimonio a los hijos nacidos fuera de él, a virtud del subsecuente matrimonio de los padres. Para que este supuesto tenga su actualización, necesitan los padres conjunta o separadamente reconocer a los hijos en el momento mismo del matrimonio o con posterioridad a él. Con el reconocimiento se puede entrar a la familia y a este acto se le atribuye el efecto de dar la calidad de hijo legítimo al nacido fuera del matrimonio, tal como si hubiera sido concebido y nacido durante él. Se dice que la legitimación tiene una función constitutiva: confiere al hijo un estado que antes no tenía.

En el Código se lee que la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. En efecto: cuando ya el hijo ha sido reconocido por el padre y en la partida de nacimiento constare el nombre de la madre, no se precisa el reconocimiento de ésta última para que la legitimación se efectúe. Igualmente, no será necesario el reconocimiento del padre si este ya expresó su nombre en la partida de nacimiento. Aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio. La ley también extiende sus efectos, a los legitimados y a sus descendientes, pues pese a que el hijo hubiere muerto,

existe un interés jurídico que se tutela en relación a los descendientes y para ese fin se permite que los descendientes gocen de los efectos de la legitimación; como también asimismo se permite por la ley que gocen de tal derecho los hijos no nacidos, si el padre reconoce al hijo engendrado en la mujer o que lo reconociere si aquella estuviere en cinta.

El último efecto de la clasificación propuesta por Rojina Villegas, es aquel que se refiere a la certeza en cuanto a los derechos y obligaciones que impone la patria potestad. Los legisladores de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, establecieron una preferencia para el ejercicio de la patria potestad: En primer lugar le correspondía al padre; en su defecto, entraba la madre; después, el abuelo paterno y a su falta, el abuelo materno; y, por último, entraba la abuela paterna y si no hubiere más, la abuela materna. Los primeros excluían a los demás en su orden. La Ley de Relaciones Familiares de 1917, determinaba que esa potestad se ejercía por el padre o la madre (es decir, por uno u otro); y en su ausencia, por el abuelo y la abuela paternos y faltando éstos, por el abuelo y la abuela maternos.

Por lo que hace a nuestra legislación civil vigente, el artículo 414 nos indica que la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce: I.—Por el padre y la madre; II.—Por el abuelo y la abuela paternos y, III.—Por el abuelo y la abuela maternos.

Por lo anterior, es por lo que el autor en cita opina que el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues estos existen independientemente del mismo a favor y a cargo de los padres y en su defecto, de los abuelos; sean los hijos nacidos de matrimonio o fuera del mismo. La ley civil no toma en cuenta si los hijos están en un supuesto o en el otro, porque al regular la pa-

tria potestad confiere (como ya se dijo), esos poderes al padre y a la madre y en ausencia de éstos, a los abuelos paternos y a falta de éstos, a los maternos. Concluye este autor que el matrimonio sólo viene a establecer una certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad, respecto a los hijos nacidos de matrimonio.

El artículo 412 del Código nos dá el ámbito de la patria potestad, en cuanto cita ciertos requisitos, a saber: el hijo debe ser menor de edad y no estar emancipado. Deducimos entonces que la patria potestad cesa por efecto de haberse alcanzado la mayor edad o haberse obtenido la emancipación.. Son, por tanto, poderes temporales. La patria potestad es colectiva; indivisiblemente atribuida por la ley en primer lugar al marido y a la esposa y ejercitada por ambos. Los que ejercen la patria potestad tienen la representación legal de los hijos, por la consiguiente incapacidad de ejercicio a que están sujetos éstos.

La patria potestad es un conjunto de poderes a los que corresponden otros tantos deberes. Los derechos que sobre la persona del hijo se tienen a virtud de la potestad patria, son: el derecho de guarda y dirección (Art. 421); el derecho de corrección (Art. 423) y, por último, el derecho sobre los bienes del hijo (Art. 430).

En cuanto al llamado derecho de guarda y dirección, existe mientras estuviere el hijo en la patria potestad y consiste en que no puede dejar la casa del o de los que la ejercen, sin el permiso o decreto de la autoridad competente. Con tal fin, la ley civil reputa domicilio legal del menor no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto. Correlativo a este derecho, se encuentran los deberes consistentes en la prohibición de abandonar a los hijos sujetos a la potestad patria, porque el hecho puede tornarse también en una acción delictiva. Ade-

más, existe la obligación de alimentar e instruir convenientemente a los menores sujetos a patria potestad.

Los que ejercen la patria potestad, reza la ley, tienen la facultad de corregir y castigar mesuradamente a sus hijos; las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos, que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna. Correlativo a ésta facultad, existe el deber de los hijos de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Este deber de los hijos, se mantiene aún después de haber salido de la potestad patria, es decir, cualesquiera que sea el estado, edad, o condición en que se encuentren los hijos.

Señala la ley que los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que están bajo ella y tienen la administración legal de los bienes que pertenecen al menor incapaz; excepto de aquellos bienes que el hijo adquiera por su trabajo y los que le hubieran heredado, legado o donado y el testador o donador les diere expresamente el usufructo; es decir, estos bienes que la ley denomina de primera clase, le pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo. A esa administración de los bienes del menor incapaz, de parte de los que ejercen la patria potestad, se le ha llamado en Francia derecho de goce legal; (8) y en México, de usufructo legal y consiste, como ya se expresó, en el derecho de usar y percibir la mitad de los frutos y de los bienes de segunda clase del menor sujeto a la potestad, a la vez por el padre y la madre. El administrador de los bienes del hijo será nombrado por mutuo acuerdo, entre marido y mujer, pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá de su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administra-

---

(8) Mazeaud. Obra citada.

ción, además, quien ejerza tal derecho tiene obligación de dar cuenta de la administración de los bienes del hijo incapaz.

Algunos autores consideran que como la autoridad patria es ya de suyo una función que se ejerce en interés del hijo, el derecho de usufructo es ya un anacronismo, que sin embargo, se mantiene en la ley porque la patria potestad no se ejerce sólo en interés del hijo, sino también de la familia, lo que permite que el derecho de usufructo legal beneficie a la demás familia (hermanos y hermanas), convirtiéndose así en una institución igualitaria. Se considera también que el usufructo legal es una ayuda a los progenitores, a quienes incumbe la carga de los gastos de manutención y educación del hijo, con independencia de que estos tengan patrimonio propio. Al cesar la patria potestad, deja de operar el usufructo legal.

Cuando el matrimonio se instituyere bajo el régimen de separación de bienes, la ley (Art. 217) permite que marido y mujer se dividan entre sí, por partes iguales, la mitad del usufructo que la misma ley les concede, pero debemos estimar que como el referido usufructo debe destinarse en parte a los alimentos de los menores, sólo en los casos que queden satisfechos estos, podrán los que ejerzan la patria potestad dividirse el excedente. Sin embargo, los padres pueden renunciar a ese derecho, de tal modo, que no deje lugar a dudas de que esa fué su intención.

A nuestro parecer, consignado en la ley se encuentra un derecho de los padres para educar a los hijos; que tiene más el carácter, como afirma Messineo, de una sujeción impuesta directamente por la voluntad de la ley. A él aluden los artículos 167, 308, 413 y 422 del Código.

Como hemos visto, la patria potestad impone también obligaciones a los padres o demás ascendientes; obligaciones consistentes en dar alimentos; proporcionar educación;

uidar y dar protección a los hijos y sus bienes. La ley estima que aunque el padre y la madre que ejerzan la potestad patria la pierdan, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

C.—EFECTOS RESPECTO A LOS BIENES. El matrimonio lleva implícito la constitución de un patrimonio, que puede abarcar tanto los bienes presentes como los futuros. En este sentido, el matrimonio tiene también una función de orden económico, porque ve por el sostenimiento de sus componentes y por la educación e instrucción de los hijos.

El régimen patrimonial del matrimonio, ha sido definido por Castán (9) como el conjunto de reglas que determinan los intereses pecuniarios que se derivan del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre sí, ya en sus relaciones con terceros.

Los Códigos Civiles anteriores o sea, los de 1870 y 1884, determinaban el derecho de los cónyuges a pactar mediante sus capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes o la llamada sociedad voluntaria. A falta de ese pacto, se establecía como régimen supletorio la sociedad legal. No era obligatorio para los cónyuges optar por un régimen determinado, ya que en defecto de la expresión de la voluntad de los consortes, estos ordenamientos legales presumían el régimen de sociedad conyugal. También regulaban la presunción de que todos los bienes que se encontraban en poder de los cónyuges al hacer la separación de ellos, se consideraban gananciales, mientras no se probare lo contrario.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917, en sus artículos transitorios, derogó la sociedad legal y ordenó fue-

---

(9) José Castán Tobeñas. Obra citada.

ra liquidada en términos legales dicha sociedad, si alguno de los esposos así lo pidiera; de lo contrario, continuaría dicha sociedad como simple comunidad, regida por las disposiciones de esa ley, con lo que se suprimió la presunción relativa al régimen de sociedad de gananciales.

El legislador civil del Código de 1928, en su exposición de motivos, previene textualmente lo siguiente: "...Se obligó a que, al contraer matrimonio, forzosamente pactaran los cónyuges acerca de si establecían comunidad o separación de bienes, procurándose por este medio garantizar debidamente los intereses de la esposa en el momento más propicio, cuando el hombre desea hacerla compañera de su vida. De esta manera, se combaten prejuicios muy arraigados que impiden, por falsa vergüenza o mal entendida dignidad, tratar asuntos pecuniarios cuando se funda una familia, que imperiosamente exige muchos y continuados gastos..."

La ley deja a los esposos en que medida realizarán la reglamentación de sus bienes, puesto que deben decidir por el régimen de sociedad conyugal o por el de separación de bienes. También pueden optar por el régimen mixto permitido por la ley. Con la solicitud de matrimonio se debe presentar el convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes o futuros y en tal convenio se determinará con toda claridad el régimen económico al cual someten aquéllos. Tan importante es esa obligación, que subsiste aún en el caso de que no hubiere bienes, porque entonces el convenio versará sobre los que en lo futuro llegaren a obtener los cónyuges.

Para lograr una seguridad jurídica, el Código ya no presume ningún sistema, sino que como ya se expresó, es obligatorio convenirlo previamente al matrimonio y al efecto, instituyó una opción forzosa entre los regímenes que reglamenta. A este sistema de la ley, se le ha llamado

contractual por la doctrina, pero el lenguaje legal lo denomina "Capitulaciones Matrimoniales" que define el artículo 179 como los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso.

**REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL.** Es el régimen de comunidad de bienes aquél que se crea con bienes que pertenecen a cada uno de los cónyuges y con los que adquieran posteriormente y se hacen comunes en cuanto al goce. La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él. Para la ley civil, este aspecto económico del matrimonio se rige por las capitulaciones matrimoniales que constituyen la sociedad y en lo no expresamente pactado en las convenciones, se estará y pasará por las disposiciones relativas al contrato de sociedad. Si bien los cónyuges están facultados para arreglar según su deseo lo referente a sus bienes, les está expresamente prohibido pactar en contra de las leyes o los naturales fines del matrimonio.

Los regímenes comunales, los más usuales, son los que mejor se adecúan a los variados fines del matrimonio. Las normas que regulan la sociedad conyugal se encuentran fijadas en los artículos 183 al 206 del Código.

La doctrina, con Castán, (10) nos indica que la comunidad puede ser plena o universal y limitada. Esta última puede ser de muebles; de adquisiciones a título oneroso; de inmuebles y adquisiciones y, de todos los bienes futuros.

Está normado en el Código que las capitulaciones por las cuales se constituye la sociedad conyugal, constarán en escritura pública cuando los bienes que se trasladen al

---

(10) José Castán Tobeñas. Obra citada.

patrimonio social sean inmuebles y tengan un valor superior a quinientos pesos; y deberán ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad, así como también la constitución de la sociedad y sus modificaciones, con el fin de que surta efectos contra tercero.

Sobre la regulación en el Código del régimen de sociedad conyugal, López Monroy (11) estima que al parecer ese ordenamiento no distingue entre bienes propios y bienes comunes y al efecto, hace el siguiente estudio aclaratorio: Dice que partiendo del artículo 98-V, en donde se hace alusión a un convenio que los pretendientes deben celebrar en relación a sus bienes presentes y los que adquieran durante el matrimonio; si se observa que el artículo 192 indica que todo pacto que implique cesión de bienes propios de cada cónyuge será considerado como donación entre consortes y si además el artículo 204 previene que en caso de liquidación después de haberse hecho el inventario, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio; para el autor que comentamos, el alcance del artículo 189 en sus nueve fracciones, no es otro que el de distinguir, a través de los convenios celebrados por los cónyuges, diversas masas patrimoniales: la masa patrimonial de la mujer; la del marido y la de la sociedad conyugal.

El artículo 189 de la ley civil señala los requisitos que las capitulaciones matrimoniales deben contener, como lo son una especificación de los bienes que se aportan a la sociedad, para constituir su patrimonio; siendo necesario hacer una lista detallada de los inmuebles, señalando su valor, así como de los bienes muebles que cada consorte lleva a la sociedad; se asentará también el pasivo de la

---

(11) José de Jesús López Monroy. "Régimen Económico del Matrimonio". Aportación a la Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XVI. Núms. 63 y 64. 1966.

sociedad con las deudas de cada uno de los consortes, si se conviniere que son a cargo de aquella; también los gravámenes que reportan los bienes afectados al patrimonio social. Se puede convenir que solo son a cargo de la sociedad las deudas contraídas por la misma, en cuyo caso, cada consorte responde por sus propias deudas.

Se debe declarar expresamente en las convenciones si los bienes que se aportan a la sociedad conyugal son todos los que poseen los consortes o sólo parte de ellos, precisándose en el último caso, cuales son los que entran al patrimonio de la sociedad. Asimismo, se debe determinar también si al patrimonio de la sociedad entran los bienes o solo sus productos y quien es el contrayente que hace cada aportación. En cuanto al producto del trabajo de cada uno de los consortes, se deberá declarar si corresponde al que lo ejecuta o si debe de participar el otro y en este último caso, se debe de fijar la proporción de la participación. Igualmente, deberá establecerse si los bienes futuros que adquieran los esposos durante el matrimonio, pertenecen exclusivamente al adquirenté o si deben repartirse entre ellos y en que proporción y, por último, se deberán fijar las bases para la liquidación de la sociedad.

Los Códigos de 1870 y 1884 establecían que el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio.

Es necesario hacer resaltar el hecho de que nuestro Código, contrastando con sus antecedentes y con el espíritu igualitario de que se encuentra investido, establece que los cónyuges deberán pactar en sus capitulaciones matrimoniales, de común acuerdo, quien debe ser el administrador de la sociedad, con expresión clara de las facultades que se le conceden. Se prevé también la terminación de la sociedad conyugal por abuso del administra-

dor y en su exposición de motivos, el legislador civil indicó lo siguiente: "La mujer casada tiene derecho de pedir que se de por concluida la sociedad conyugal cuando, teniendo el marido la administración de los bienes comunes, se revele un administrador torpe o negligente".

El artículo 194 del Código preceptúa que el dominio de los bienes comunes reside en ambos consortes, mientras subsista la sociedad. Para Rojina Villegas (12) el artículo en cita constituye una nota discordante dentro del sistema, porque este dispositivo legal no puede ser entendido en el sentido de que los bienes comunales constituyen una copropiedad, pues si bien es cierto que se afirma que el dominio reside en ambos cónyuges, tal norma no puede derogar todo el régimen que se instaura y que se desprende de los artículos 183, 188 y 189 del Código Civil, en donde no se habla de una copropiedad, sino que se le caracteriza como una persona distinta jurídicamente de las personas físicas de los contrayentes y con un patrimonio propio. Es, en sí y para Rojina Villegas, una persona moral.

La ley, siguiendo el sistema de igualar los derechos y obligaciones de los esposos, declara nula la convención por la cual se pacte que uno de ellos perciba todas las utilidades o cargue con las pérdidas y deudas comunes, en lo que exceda a lo que proporcionalmente corresponda a su capital o utilidades; pero creemos que más que una norma de igualdad, es una disposición tendiente a proteger a la mujer.

También se puede pactar en las capitulaciones, que uno de los cónyuges perciba una pensión o cantidad fija, en cuyo caso el otro consorte o sus herederos deberán pagarla, haya o no utilidades en la sociedad.

---

(12) Rafael Rojina Villegas. Obra citada.

La ley civil, con un fin proteccionista, prohíbe en su artículo 193 la renuncia anticipada de las ganancias resultantes de la sociedad conyugal, aunque se admite tal renuncia una vez disuelto el vínculo matrimonial o cuando haya desaparecido la sociedad por haberse pronunciado los esposos por la separación de bienes como consecuencia de nuevas capitulaciones.

A la muerte de uno de los cónyuges, reza la ley, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión, mientras no se verifique la partición.

Por último, se señalan en el Código los casos de suspensión de la sociedad conyugal y los modos de terminarse la comunidad de bienes, con los requisitos para su liquidación.

**REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES.** La doctrina ha establecido que el régimen de separación es aquel en que permanecen separados los bienes de los cónyuges, no sólo en cuanto a la propiedad, sino también en lo que se refiere al goce y administración de los mismos.

El régimen de separación de bienes tiene dos fuentes de origen: unas veces es adoptado por los esposos en las capitulaciones antes o durante el matrimonio o bien, impuesto por sentencia judicial. La separación puede comprender no solo los bienes de que sean dueños los esposos al celebrarse el matrimonio, sino también los que adquieran después. Este es el sistema que comunmente es practicado por los comerciantes para evitar a su consorte los peligros de la quiebra.

La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En la separación de bienes absoluta, cada uno de los esposos conserva sobre sus bienes los derechos y los poderes de un propietario: propiedad, goce, administración y

la disposición de los mismos. A estos bienes se les llama parafernales cuando son de exclusiva propiedad de la mujer.

Serán también propios de cada uno de los consortes, los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuviere por servicios profesionales, en el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria. Esto se entiende sin perjuicio de la obligación impuesta a cada uno de los consortes, de contribuir a la educación y alimentación de los hijos y a las demás cargas del matrimonio. Conforme a esta obligación, el marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, si está en posibilidad de ejecutarlos; pero la esposa deberá contribuir en proporción a tales gastos, sin que exceda su obligación de la mitad, a no ser que su marido carezca de bienes o esté imposibilitado para trabajar. Para López Monroy, autor ya citado en este trabajo, lo que antecede constituye un vestigio de comunidad dentro del régimen absoluto de separación de bienes.

Un sector considerable de la doctrina es partidario del régimen de separación de bienes, porque afirman, tiene la cualidad de no ser complicado y la ventaja de dar autonomía total a la mujer casada bajo este régimen matrimonial. Por otra parte, (dicen los que sostienen estas ideas) se evita que el marido pueda dilapidar el capital de la mujer y aleja el interés y la codicia de los matrimonios.

Para los Mazeaud (13) el régimen de separación de bienes es injusto para la mujer porque cada uno de los consortes conserva sus ingresos, salvo las partes que entrega para las cargas del matrimonio. Si conforme a lo ordenado por el artículo 168 del Código, la mujer debe

(13) Mazeaud. Obra citada.

consagrar su actividad a la dirección y cuidado de los trabajos del hogar y por esta actividad no recibe ningún salario; por el contrario, el marido por la profesión u oficio que ejerce percibe ingresos; ingresos que deducidos los que exceden de las necesidades de la familia, no tiene obligación de compartir con su cónyuge; entonces, la igualdad que pregona la ley existe (para los hermanos Mazeaud), sólo cuando cada uno de los cónyuges ejerciera una profesión u oficio que les permitiera percibir la misma remuneración.

La realidad meridiana que se nos presenta en México hace válida la afirmación de que pese al adelanto de la mujer en los diversos campos culturales y profesionales, un sinnúmero de mujeres casadas se dedican exclusivamente a la dirección y trabajos del hogar, sin ejercer profesión u oficio remunerado que les permita tener patrimonio propio. Si la familia tiene bienes, especialmente inmuebles, es por la adquisición que de ellos ha hecho el esposo, a su nombre, con el producto de sus ingresos. A estos bienes la mujer casada bajo el régimen de separación de bienes, no tiene derecho, pese a que a veces tiene la esposa hasta veinte años o más de contribuir a la formación del hogar, mediante el trabajo en el mismo y la administración adecuada de los recursos que proporcionan ambos para las cargas familiares y que hace posible el ahorro para mejorar la condición económica del hogar. Más injusto nos parece el régimen de separación de bienes, cuando por cualesquier causa se separa el varón de la mujer y de los hijos, sin dejarles patrimonio alguno.

“La influencia de las escuelas socialistas y feministas —dice Castán— (14) en su funesto sentido disgregador de la familia, han determinado, en los últimos tiempos,

---

(14) José Castán Tobeñas. Obra citada.

cierta reacción doctrinal a favor del sistema de separación de bienes."

Las capitulaciones matrimoniales en que se establece la separación de bienes, no necesitan ser elevadas a escritura pública, aunque hubiere bienes que lo ameriten, porque estos bienes no salen del patrimonio de los cónyuges, que los conservan en propiedad, tal y como los tenían antes de casarse.

Cuando durante el matrimonio se cambia el régimen de sociedad conyugal que se había establecido, para ser substituído por el de separación de bienes, no se precisa tampoco la elevación a escritura pública de este nuevo pacto, sino que se requiere que los bienes que salieron del patrimonio social al liquidarse la sociedad, cuando sean inmuebles cuyo precio es superior a quinientos pesos, ingresen al patrimonio de cada uno de los cónyuges con la formalidad establecida por la ley, es decir, en escritura pública.

En caso de terminación de la sociedad conyugal y cuando se establezca la separación de bienes, tampoco será menester consignar el nuevo pacto en escritura pública, puesto que no se hace traslación de ningún bien, sino que cada esposo conserva en propiedad los que le hubieren tocado en la liquidación primera y los que se hubieran reservado en propiedad el cónyuge o adquiriera posteriormente.

El régimen de separación también se aplica a los bienes que adquieran en común los consortes por donación, herencia, legado o por cualesquier otro título gratuito y entretanto se haga la división, serán administrados por ambos cónyuges o por uno de ellos, con acuerdo del otro. En este caso, el que administre será considerado como mandatario.

En este Capítulo del Código, correspondiente al régimen de separación de bienes, se asienta que si uno de los cónyuges prestare al otro algún servicio personal, no habrá derecho a cobrar honorarios o retribución, ni tampoco por los consejos o asistencia que un esposo diere al otro; pero si uno de los consortes, por causa de ausencia o impedimento del otro, no originado por enfermedad, se encarga temporalmente de la administración de sus bienes, tendrá derecho a que se le retribuya por este servicio, en proporción a su importancia y al resultado que produjere.

Por último, dice el Código que el marido responde a la mujer y ésta a aquél, de los daños y perjuicios que le cause por dolo, culpa o negligencia.

REGIMEN MIXTO.—Nuestra legislación civil permite la coexistencia de los dos regímenes matrimoniales: de sociedad conyugal y de separación de bienes. El artículo 208 previene que la separación de bienes puede ser absoluta o parcial y ordena expresamente que los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones matrimoniales de separación de bienes, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos.

La separación parcial puede referirse a ciertos bienes, por ejemplo, los muebles, reservándose la sociedad conyugal para los inmuebles. También puede suceder que la separación parcial se refiera a los bienes anteriores al matrimonio, para reputar bienes comunes a los adquiridos con posterioridad; o bien, puede acontecer que se pacte la separación a una determinada fecha durante el matrimonio y sólo a partir de ésta, se opere el régimen de comunidad, que a su vez puede ser absoluto o parcial. (15)

---

(15) Rafael Rojina Villegas. Obra citada.

La doctrina que es partidaria de este sistema, sustenta la idea de que el régimen mixto es una combinación de los dos sistemas, sin ninguno de sus inconvenientes.

A nuestro parecer, el régimen que tratamos es la solución legal a la situación de desventaja en que se puede encontrar la mujer casada bajo el régimen de separación de bienes, a que se hacía alusión en el desarrollo de este capítulo.

**DONACIONES ANTENUPCIALES.**—Cuando en consideración al matrimonio, un pretendiente hace donaciones al otro, o un tercero las hace a uno de ellos o a ambos, el Código las reglamenta en un capítulo especial, bajo el rubro de: “De las donaciones antenupciales”, sujetando su validez a la condición de que se contraiga el matrimonio.

Han sido definidas las donaciones antenupciales como una atribución patrimonial a título de liberalidad que se otorga por razón del matrimonio y antes de celebrarse éste, a favor de uno o de los dos esposos. (16).

Estas donaciones están sometidas a un régimen especial, del que resulta que no necesitan aceptación expresa para su validez; no se revocan por sobrevenir hijos al donante, pues se hacen precisamente en consideración al matrimonio, uno de cuyos fines es la procreación. Tampoco se revocan por ingratitud, a menos que el donante fuere un extraño, que los donatarios fueran ambos esposos y que los dos sean ingratos. También son revocables las donaciones antenupciales, cuando el donante hubiera sido uno de los cónyuges, si el otro comete adulterio o abandona injustificadamente el hogar conyugal.

---

(16) José Castán Tobeñas. Obra citada.

Las donaciones antenuptiales entre esposos, aunque fueren varias, no podrán exceder reunidas de la sexta parte de los bienes del donante. En el exceso, la donación será inoficiosa.

**DONACIONES ENTRE CONSORTES.**—El matrimonio tiene también como efecto alterar el régimen común de las donaciones. Las donaciones entre consortes son aquellas que se hacen durante el matrimonio de un cónyuge al otro y se caracterizan porque sólo se confirman con la muerte del donante y, en consecuencia, pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por él; no se anulan por supervivencia de hijos, pero se reducen cuando son inoficiosas, en los términos de las comunes.

El único requisito que señala la ley para su procedencia, es que no deben ser contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudicar el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos.

**D.—RELACIONES DE AUTORIDAD.** Condición Jurídica de la Esposa.—Hemos querido dejar para la última parte de éste Capítulo, las relaciones de autoridad que se originan entre los esposos con motivo del matrimonio, a efecto de establecer con más precisión la condición jurídica de la esposa, dado que en los apartados que anteceden examinamos ciertos aspectos del tema.

Las relaciones de autoridad, dentro del matrimonio, entrañan problemas sumamente complejos, que se relacionan con los discutidos de la autoridad marital propiamente dicha; la llamada impropriamente igualdad de los sexos y la capacidad civil de la mujer casada.

Resulta importante para éste trabajo, consignar la división o clasificación que el tratadista Fernández Clérigo

(17) hace sobre el problema apuntado, respecto de las legislaciones vigentes, en tres grupos de ellas, como sigue:

1o.—Legislaciones que conservan aún el antiguo concepto de la autoridad marital, con los lineamientos que la dibujaron en el Código de Napoleón. En este grupo figuran los Códigos Español, Portugués y el moderno Italiano, que consideran a la mujer casada, no por razón de su sexo, sino del hecho del matrimonio, en un estado de relativa incapacidad y no le permiten casi dar un paso en su vida civil, sin el consentimiento y a veces la expresa y formal licencia del marido. Con arreglo a lo dispuesto en esos Códigos, la mujer casada no puede contratar ni enajenar sus bienes, ni gravarlos, ni comparecer en juicio sin la licencia de su marido. Tampoco tiene potestad sobre sus hijos, porque aquélla está atribuída al padre mientras viva, ni puede ejercer libremente profesión, industria ni comercio. El autor de esta clasificación, o sea Fernández Clérigo, opina que si bien esta situación no es una muerte civil en el sentido de anulación del poder de la voluntad de la mujer casada, por lo menos se asemeja a la tutela.

2o.—Legislaciones que no comparten este concepto, y que reconociendo la personalidad de la mujer casada y su plena capacidad de obrar, conservan sin embargo para el marido, ciertas facultades de dirección y representación sobre la familia y, por tanto, también sobre la mujer como miembro de ella. Este tipo de legislaciones está constituido por las de origen germánico, de que vienen a ser principales exponentes el Código Civil Suizo y el Código Civil Alemán. Ha desaparecido de estas legislaciones la potestad marital, pero ha sido substituída por una especie de gerencia de la familia, con una función directiva, que en relación a ella se le atribuye. El marido es el jefe

---

(17) Luis Fernández Clérigo, Obra citada.

de la unión conyugal: elige el domicilio y provee convenientemente al sostenimiento de la mujer y de los hijos; pero la mujer no está exenta del deber de contribuir a los alimentos y al sostenimiento del hogar y de los hijos.

El Código Suizo confiere a la mujer el derecho de representación conjunta o separadamente con el marido, para las necesidades corrientes del hogar, y el esposo y los bienes del matrimonio quedan obligados por esta representación, respecto de terceros de buena fe, siempre que la mujer no se haya excedido de sus razonables facultades en el hogar. Estas facultades pueden ser revocadas por una declaración del marido, la cual para perjudicar a terceros necesita ser publicada por la autoridad competente, pero la mujer puede acudir al juez para que deje sin efecto la revocación.

El Código Alemán establece que sin perjuicio de la facultad de decisión del marido, la mujer tiene el derecho y la obligación de dirigir el hogar común y añade, que la mujer está obligada a ocuparse de los trabajos domésticos y aún de los asuntos del marido, en tanto esas ocupaciones sean conformes al uso y costumbres, con arreglo a la condición de los esposos.

Tanto el Derecho Civil Suizo como el Alemán permiten que la mujer casada ejerza una profesión o comercio.

3o.—En el tercer grupo se hace referencia a las legislaciones que colocan en idéntico plano, en el orden familiar al marido y a la mujer, y los consideran con absoluta igualdad de derechos ante la ley. Esta situación se encuentra normada en los códigos civiles de Suecia, Noruega, Dinamarca, Inglaterra, Rusia, Panamá, Brasil, en muchos de los Estados de la Federación Norteamericana y en México.

En estas legislaciones se concede a la mujer casada una capacidad casi idéntica a la que corresponde a la mujer soltera o viuda.

Por lo que respecta a México y antes de entrar en el estudio del derecho vigente, consideramos necesario, a efecto de lograr una mayor comprensión del tema, hacer una breve referencia a los antecedentes de nuestra legislación civil.

El derecho anterior, o sea, el contenido en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, con el ejemplo del Código de Napoleón, tomó en cuenta las diversas aptitudes de los cónyuges, según su sexo para asignarles distinto lugar dentro de la familia, pero procurando siempre conservar su unidad. Para conservar precisamente esa unidad, se estableció que el marido era el jefe o cabeza de la familia, es decir, quien representaba y tenía la dirección del hogar. A ese efecto, debía haber relaciones de autoridad y subordinación en la familia. El marido tenía derecho de exigir obediencia a su mujer y designar el domicilio conyugal y por lo tanto, se obligaba a la mujer a seguir a su marido, pero también la mujer tenía el derecho de ser protegida por su esposo y ser alimentada por él. El marido era quien ejercía la patria potestad y era además el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio. La doctrina imperante en esos tiempos, estimaba que la autoridad marital no era aceptable como poder arbitrario y omnímodo, sino lógico y benévolo. Sin embargo, estas legislaciones instituyeron la incapacidad de la mujer casada, privando absolutamente el principio de la autorización marital a virtud del cual, la esposa seguía siendo incapaz inclusive cuando estaba frente a terceros, por lo que no podía comparecer en juicio por sí misma, como tampoco podía celebrar actos de dominio ni obligarse sin la autorización del marido. Este, por la autoridad marital de

que estaba investido, era el representante legítimo de su mujer, tanto en los actos judiciales como en los extrajudiciales y ésta seguía en la calidad de una menor perpetua.

La Ley de 9 de abril de 1917 sobre Relaciones Familiares, fué la que dió inicio al cambio, de la situación de dependencia en que estaba la mujer casada, a la emancipación jurídica, aunque en ciertos apartados aún conservaba el principio de la autorización marital.

Fué nuestra legislación civil vigente, la que además de pronunciarse por la capacidad de la mujer en general, modifica sus antecedentes y admite la plena capacidad de la mujer casada. Aún más: establece la equiparación absoluta en el hogar, porque marido y mujer tienen los mismos derechos; la misma autoridad y ambos ejercen la patria potestad sobre los hijos.

El legislador civil motiva los cambios apuntados, en la siguiente forma:

“Se equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciéndose que ésta no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos”.

“Como consecuencia de esta equiparación se dió a la mujer domicilio propio; se dispuso que tuviere en el matrimonio autoridad y consideraciones legales iguales al marido y, que, por lo mismo, de común acuerdo arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes de éstos”.

“Se estableció que la mujer pudiera, sin necesidad de autorización marital, ejercer una profesión o industria, o dedicarse al comercio, con tal de que no descuidara la dirección y los trabajos del hogar”.

“La mujer casada mayor de edad, puede administrar libremente sus bienes propios y disponer de ellos. Tam-

bién puede administrar los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, si así lo hubiere convenido con su esposo”.

“La mujer casada tiene derecho a pedir que se dé por concluída la sociedad conyugal cuando, teniendo su marido la administración de los bienes, se revele un administrador torpe o negligente”.

“Se hizo desaparecer la incapacidad legal para que la mujer pudiera ser tutriz fiadora, testigo en testamento, albacea y para que ejerciera el mandato”.

“Al llegar a la mayor edad, tiene la libre disposición de su persona y de sus bienes, estando legalmente capacitada para celebrar toda clase de contratos”.

“No pierde la patria potestad sobre los hijos de matrimonios anteriores, aún cuando contraiga segundas o ulteriores nupcias”.

“La equiparación legal del hombre y la mujer se hacía necesaria, en vista de la fuerza arrolladora que ha adquirido el movimiento feminista. Actualmente la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar; se le han abierto las puertas para que se dedique a todas las actividades sociales, y en muchos países forman parte activa en la vida política. En tales condiciones, era un contrasentido la reducción a su capacidad jurídica en materia civil, sustentada por el Código anterior”.

Acorde con su exposición, el legislador normó la situación expresada, en el artículo 2o. del Código, en donde se manifiesta 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.

Pero no se concreta en este dispositivo la norma de igualdad, sino que el legislador civil vá más allá y la com-

plementa en el artículo 167 que corresponde a los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, en cuanto se dice en el Código que el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a estos pertenezcan. En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el Juez civil correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá, sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos. En el mismo capítulo, el Código en su artículo 168, determina que estará a cargo de la mujer la dirección y el cuidado de los trabajos del hogar.

El Código previene también que el marido y la mujer mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejecutar las acciones u oponer las excepciones que a ellos correspondan, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél, salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre administración de los bienes. Cuando los dos cónyuges o uno de ellos fuere menor de edad, tienen la administración de esos bienes, pero necesitan autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y de un tutor para sus negocios judiciales.

Es de observarse que el principio de igualdad, tantas veces sustentado por el Código, no tiene su aplicación respecto al artículo 168, que instituye el deber solamente a cargo de la mujer y deja fuera al marido de la dirección del hogar.

Las reformas expuestas, sin lugar a dudas, tienen los siguientes efectos: Suprimir la potestad marital y el deber de protección impuesto al esposo y hacer desaparecer

el deber de obediencia a que se encontraba sujeta la cónyuge; así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes.

Veamos cual es el fin último de las reformas a que hemos aludido. El Código, en su exposición de motivos explica lo siguiente: "Es preciso socializar el derecho, porque como dice un publicista: "Una socialización del derecho será un coeficiente indispensable de la socialización de todas las otras actividades, en oposición con el individuo egoísta, haciendo nacer así un tipo de hombre más elevado: el hombre social".

"Socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra".

Empero, existen algunas restricciones a la capacidad civil de la mujer casada, consignadas en el Código, en los preceptos siguientes:

Art. 173.—"El marido y la mujer, menores de edad, tendrán la administración de sus bienes, en los términos del artículo que precede, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales".

Art. 174.—"La mujer necesita autorización judicial para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que celebre sea el de mandato".

Art. 175.—"También se requiere autorización judicial para que la mujer sea fiadora de su marido o se obligue solidariamente con él en asuntos que sean del interés exclusivo de éste.

La autorización, en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, no se concederá cuando notoriamente resulten perjudicados los intereses de la mujer.

Esta no necesita autorización judicial para otorgar fianza a fin de que su esposo obtenga la libertad”.

A nuestro parecer, en los supuestos legales arriba indicados, el legislador tuvo como intención limitar la capacidad civil de la mujer casada, con el fin de proteger los intereses patrimoniales de ésta, en relación con su marido o en relación a terceros cuando ella fuere menor de edad; es decir, el Código ya no observa los principios de igualdad consignados como regla general en los artículos 2o. y 167 y considera como excepción la protección del ser más débil en el matrimonio y al efecto suple esa deficiencia con la asistencia del juez, a quien le está prohibido conceder la autorización judicial cuando notoriamente resulten perjudicados los intereses económicos o patrimoniales de la mujer.

Hasta el año de 1954, prevaleció la incapacidad de la mujer casada para ejercer el comercio, pues si bien era cierto que el artículo 169 del Código Civil facultaba a la mujer para ejercer tal actividad, la ley de la materia o sea, el Código de Comercio determinaba en su artículo 8o. que la mujer casada mayor de dieciocho años sólo podía realizar esa actividad si contaba para ello con la autorización expresa de su marido, dada en escritura pública, la que podía ser revocada libremente por el esposo, según decía el artículo 10 del mismo ordenamiento mercantil; si bien la revocación no surtía efectos contra tercero, sino después de noventa días de publicada en un lugar visible del establecimiento mercantil de la esposa y en alguno de los periódicos de la localidad donde residía o de la más inmediata. Cuando se trataba de la mujer que al contraer matrimonio se hallara ejerciendo el comercio disponía el

artículo 11 del Código citado en último término, que necesitaba la autorización del marido para continuarlo y que la licencia se presumía concedida mientras el marido no publicara, en la forma indicada, la terminación de la actividad comercial de la mujer. La exposición que antecede, se encontraba en contradicción con los artículos 169, 170, 171 y 172 del Código Civil y en ese choque entre el derecho público y el privado, era evidente que imperaba lo previsto por el Código de Comercio, que tenía el carácter de ley especial y cuya regulación le correspondía específicamente y por lo tanto, la mujer casada no podía invocar el artículo 169 del Código Civil para ejercer el comercio. Además, interpretando en contrario lo previsto por el artículo 80. del Código de Comercio, se llegaba a la conclusión de que la mujer casada menor de dieciocho años, ni con la autorización del marido, podía ejercer la actividad comercial.

El problema planteado con la vigencia de la legislación mercantil, fué resuelto cuando por decreto de 31 de diciembre de 1953, publicado en el Diario Oficial de 6 de enero de 1954 y en vigor diez días después, se derogaron los artículos 80., 90., 100., y 110., del Código de Comercio.

Sin embargo, la facultad otorgada a la mujer casada para que pudiera desempeñar un empleo o ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, no fué concedida de plano; sino sujeta a que con el ejercicio o desempeño de tales actividades, no se dañe la moral de la familia o la estructura de ésta, ni se perjudique la misión que la misma ley impone a la mujer en el artículo 168, consistente en dirigir y cuidar los trabajos del hogar.

Por lo tanto, estimamos que la mujer tiene la capacidad para desempeñar o ejercer esas actividades de que se habla, pero condicionada al cumplimiento de estos dos supuestos: a).—Que no se perjudique la misión impuesta a la mujer, de asumir el cargo de dirección y cuidado de los

trabajos del hogar y, b).—Que con esas actividades no se dañe la moral de la familia o la estructura de ésta.

Creemos que tales limitaciones o restricciones son impuestas a la mujer en razón de la familia y no en razón del sexo, tal como se previene en el artículo 2o. de la ley; por lo que consideramos asimismo que la situación referida es otra excepción a la regla de igualdad que sustenta nuestra legislación civil vigente, pero que es admisible en atención a que la misión de la esposa en el hogar es más importante—sobre todo para los hijos— que la actividad comercial o profesional de la mujer casada.

Nos parece perfectamente equitativo, que dejara de considerarse a la mujer como una incapaz, a virtud de las reglas generales previstas en el Código. Lógica y jurídicamente no debe haber razón alguna para que por su sexo, la mujer quede sometida a restricciones en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles. Inclusive, la mujer como esposa, siendo mayor de edad, debe ser plenamente capaz frente a terceros, no debiendo ser considerada jamás como una persona sujeta a *capitis diminutio* mínima, como así se le veía en el derecho romano.

Pero consideramos también, como lo hace Rojina Villegas (18) que el problema radica en la capacidad jurídica de la mujer como esposa, sólo en las relaciones con su marido, para el ejercicio de la autoridad en el hogar; problema que para este autor, no depende de los tiempos, sino de la naturaleza misma de la comunidad familiar; no porque se niegue a la esposa las condiciones necesarias para poder actuar en la vida jurídica. Frente al marido y los hijos, la situación cambia. El matrimonio constituye una comunidad de vida, la comunidad familiar, y en todo grupo humano, es necesario un principio de dirección, es ne-

---

(18) Rafael Rojina Villegas.— Obra Citada.

cesario un gobierno, es necesario que alguien asuma el mando. Lo anterior es ineludible para que se mantenga el orden, la seguridad, estabilidad y el bien común del grupo familiar. Dicho lo anterior, cabe hacernos la siguiente pregunta: En las relaciones de autoridad dentro del matrimonio, marido y mujer deben ser iguales?. La ley así lo proclama. Nosotros pensamos que no debe ser así. El Código Civil suprimió al "jefe de familia" e instituyó la igualdad entre los cónyuges: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales....." La solución legal la podemos comparar con lo que puede suceder en el Estado, Municipio o en cualesquier negociación en donde fueran nombrados dos ejecutivos con poderes y obligaciones idénticos. De inmediato captamos la idea de la anarquía y el caos: En la comunidad familiar, el marido, por ejemplo, emite su opinión sobre la educación de sus hijos; la esposa no concuerda con la estimación de su cónyuge y puesto que ambos tienen igual autoridad, la pregunta obligada es sobre cuál criterio es el que debe imperar. Según la ley civil, debe intervenir el Estado a través de su Poder Judicial. El juez civil inicia un procedimiento sumario a instancias de uno de los cónyuges; (Art. 430-VIII C.P.C.), procedimiento que es sin forma de juicio, mediante el cual oye a las partes y en una función conciliatoria y casi paternal, buscará la concordia de los pareceres, recibiendo las pruebas pertinentes. Si no lograre avenir los criterios contradictorios de los cónyuges, se le autoriza para decidir lo que estimare más conveniente para los hijos. Con tal resolución se dá fin jurídicamente a una controversia familiar. Nos parece que la decisión del juzgador tiene que ser extraña y ajena a los problemas íntimos de ese hogar de que hablábamos. Como la resolución del Juez Civil tendrá que ser inapelable, dice Rojina Villegas que por lo tanto, se omitirán las formalidades y simplemente se deberá cumplir con la garantía de audiencia y legalidad, para

poder dar solución a problemas urgentes, a problemas diarios, a problemas que teóricamente podrían hacer imposible su solución, por su gran número, ante los tribunales. Consideramos que hipotéticamente se puede dar el caso de que la resolución judicial puede dejar inconforme a un cónyuge o a los dos, con lo que se erigiría la decisión judicial en una nueva fuente de disgustos conyugales. El autor en cita afirma que la vida es la que resuelve estos problemas, tomando en cuenta el temperamento del marido y de la esposa, el carácter dominante de uno y otro, el mayor interés que por el conjunto de cuestiones diarias pueda tener respectivamente el padre o la madre y concluye Rojina Villegas que no es a base de la intervención judicial como se han venido solucionando estos conflictos.

Autores como Gonnard (19) quien en su obra, en el capítulo denominado de "La reacción familiar" se opone terminantemente a la intervención del Estado en la comunidad familiar, cuando escribe lo siguiente:

"La más importante y la más persistente de todas las agrupaciones intermedias entre el Estado y el individuo es, sin discusión, la familia. La filosofía del siglo XVIII y las dos tendencias doctrinales (individualista propiamente dicha e individualista-socialista) que de ella proceden, le son profundamente antipáticas. Inspiradas en el deseo de "emancipar" al individuo todo lo posible, de modelar su destino en los esfuerzos personales, de aliviarle cuanto se pueda de cargas que limitan su potencia de obrar o disfrutar, tomaron partido, por fuerza, contra una institución desigualitaria en esencia, creadora de deberes más que de derechos, y que impone al individuo grandes sacrificios en interés de la raza. Así hemos visto, por un

---

(19) René Gonnard.— Historia de las Doctrinas Económicas.

lado, la legislación civil, con su sistema de reparto igual y obligado; la interpretación del principio de propiedad, el divorcio, la debilitación de la autoridad paternal y marital, lograr el triunfo del criterio individualista sobre el familiar, y, por otro lado, el socialismo más absoluto, condenando a la familia monogámica o poligámica, por medio de la palabra y de la pluma de sus más autorizados representantes”.

Particularmente importantes nos parecen los argumentos vertidos por el Consejero de Estado Portalis en la exposición de motivos del Código de Napoleón, al tratar sobre su Título V, en donde se condena a la igualdad absoluta entre los cónyuges, en la forma siguiente:

“Los esposos se deben mutuamente fidelidad, socorro y asistencia. El marido debe protección a su mujer y la mujer obediencia a su marido. He aquí toda la moral de los esposos. Se ha disputado largo tiempo sobre la preferencia y la igualdad de los dos sexos. Nada es más vano que estas disputas. Se ha observado que el hombre y la mujer tienen en todo relaciones y en todo diferencias. Lo que ambos tienen de común pertenece a la especie humana, lo que tienen de diferente pertenece al sexo. Ellos estarían menos dispuestos a aproximarse, si fuesen más semejantes. La naturaleza no los ha hecho tan diferentes sino para unirlos. Esta diferencia que existe en su ser es la misma que existe en sus derechos y deberes respectivos. Sin duda, en el matrimonio, los dos esposos concurren a un objeto común, pero no de la misma manera. Son iguales en ciertas cosas y no son comparables en otras. La fuerza y la audacia están del lado del hombre; la crudez y el pudor del lado de la mujer. El hombre y la mujer no pueden compartir los mismos trabajos, soportar las mismas fatigas, ni entregarse a las mismas ocupaciones. No son las leyes sino la naturaleza quien ha

señalado su dote a cada uno de los sexos. La mujer tiene necesidad de protección porque es más débil; el hombre es más libre porque es más fuerte. La preeminencia del hombre está indicada por la constitución misma de su ser, que no lo ha sometido a tantas necesidades y que le garantiza más independencia para el uso de su tiempo y para el ejercicio de sus facultades. Esta preeminencia es el origen del poder de protección que el proyecto de ley reconoce al marido. La obediencia de la mujer es un homenaje tributado al poder que la protege, y es una consecuencia necesaria de la sociedad conyugal, que no podría subsistir si uno de los esposos no estuviese subordinado al otro”.

Es de sumo interés consignar el pensamiento del filósofo Emil Brunner contenido en su obra “La Justicia” (20), en donde nos expresa que en algunas formas de sociedad como lo son el matrimonio y la familia, se tienen derechos originarios frente a los individuos. Afirma que si se entra en el campo de la Justicia y de las ordenaciones o instituciones, veremos que entonces el hombre, en tanto que individuo, es al mismo tiempo un individuo solamente en la comunidad. Así como cada uno ha recibido su existencia natural del hecho de que dos individuos, un hombre y una mujer, se hallen unidos, así también cada uno se encuentra inserto ya desde la raíz de su existencia, en la comunidad. Brunner asienta que esta comunidad no es el Estado, sino la familia, porque es la única comunidad sin la cual no se puede en absoluto pensar en la vida humana. Por eso la familia es una comunidad originaria y sus derechos son primarios para las demás comunidades, inclusive tiene prioridad sobre los derechos del Estado. La familia es el origen y el

---

(20) Emil Brunner. — La Justicia — Doctrina de las Leyes fundamentales del orden social. — México, — 1961.

arquetipo de toda sociedad y el Estado es justo sólo cuando concede validez en su propio orden jurídico al derecho matrimonial y familiar que existe con independencia de él: el Estado es justo, dice Brunner, sólo cuando reconoce que el derecho del matrimonio y de la familia precede a todo derecho estatal y que no ha sido creado por el Estado, sino tan sólo reconocido por éste y revestido de las formas jurídicas positivas. La familia es la forma de comunidad que por entero resulta incomparablemente más alta, de más alto rango que el Estado; pues la familia es la auténtica comunidad. El Estado existe por razón de las familias y no las familias por razón del Estado. Este nunca podrá ser una comunidad porque para esto el Estado es demasiado impersonal; no solo es impersonal, sino que además tiene que serlo. El Estado tiene el poder, el monopolio de la fuerza; tiene para el autor que comentamos, dos características que lo distinguen de todos los otros grupos sociales: abarca todos los grupos y tiene el poder coercitivo. La importancia del Estado crece en proporción con el crecimiento del mal y de los factores de perturbación. Cuanto más malos son los hombres, tanto más necesitan del Estado. Por el contrario, cuanto más débil es el mal en los hombres, tanto mayor es el número de lo que se hace sin el Estado. El derecho coercitivo del Estado es sólo el substituto para la falta de justicia voluntaria y libre. Cuanto mayor es el fracaso de las familias y de las pequeñas comunidades, tanto mayor es el volumen de las cosas que el Estado tiene que hacer. La sobrecarga de tareas que cae sobre el Estado, para Brunner, corresponde exactamente a la ruina de los ordenamientos de las sociedades preestatales; a la falta de estructura de la sociedad humana. Así surge el Estado Centralista de la edad moderna, que llena el espacio vacío entre el poder central y los individuos con sus formas artificiales de organización, con sus departamentos distintos

y comunidades ficticias; con productos o formaciones que no poseen vida propia y que son tan solo unidades administrativas del Estado; que representa la última fase que lleva al Estado totalitario y el paso de ese Estado Centralista al Estado Totalitario, indica el autor en cita, se produce mediante la supresión de la independencia del individuo, mediante el desconocimiento de los derechos originarios del hombre, después de que ya antes las comunidades preestatales habían perdido su propia vida y su propia dignidad.

Brunner opina que el matrimonio y la familia son las sociedades en las cuales su contenido, su fin material puede ser penetrado con mayor facilidad por el fin personal de la comunidad. Al moderno individualismo subjetivista le es extraña la idea de que haya un matrimonio justo. Ese individualismo ve en el matrimonio tan solo la "unión por amor", y por eso puede reconocer como forma de justicia del matrimonio tan solo el contrato libre, el cual, del mismo modo que se ha concertado libremente, puede también ser disuelto libremente.

A pesar de que el marido se debe a la mujer y la mujer al marido de un modo igualmente total, dice Brunner que sin embargo, el tipo de esa igual totalidad es diferente en los dos sexos; tal vez no diferente en cuanto al grado, sino diferente en cuanto al modo y la función. La igualdad de la dignidad no suprime un cierto orden jerárquico, porque "el marido es la cabeza de la mujer". Se ha creado al hombre de tal manera que el marido debe ser el elemento director en el matrimonio. El autor que se comenta opina que contra esto se subleva naturalmente el espíritu moderno configurado por el individualismo racionalista. Tal espíritu moderno ve en eso una degradación o un menosprecio de la mujer. Pero, en realidad y para Brunner, la auténtica dignidad de la mujer exige

precisamente este orden, que se desprende de la naturaleza del hombre y de la mujer, de tal suerte que cualquier sociedad matrimonial ordenada de modo diferente resulta antinatural y precisamente por esto, contraria a la dignidad. En este orden jerárquico, que no tiene nada que ver con una desigualdad en cuanto a la dignidad, se desenvolverá sobre todo en la comunidad familiar. Termina diciendo Brunner, que el patriarcado queda defendido del peligro de que degenera en absolutismo, por virtud de la norma de un débito recíproco igual, en la que se expresa la igualdad en dignidad personal.

El criterio contrario lo sustenta la doctrina que pugna porque cada día se amplíe más la esfera de acción del Estado. Este debe realizar muchas de las funciones encomendadas antes a la familia y sobre todo, la misión más alta, que para esos autores es la del cuidado de los hijos; y esta misión no puede dejarse en absoluto encomendada a la actuación familiar, pues el Estado tiene un interés decisivo en que sus ciudadanos futuros sean para él hombres útiles.

Consideramos que la intervención del Estado debe ser positiva, sólo en cuanto se encamine a la protección de los miembros más débiles de la comunidad social y familiar y, como dice Castán, autor ya citado en este trabajo, únicamente es de desear, en primer lugar, que tenga el Estado órganos capaces de ejercer este derecho de intervención y después, que no se deje arrastrar por la tentación de aumentar sus atribuciones en detrimento de la autoridad paterna, olvidando que la familia es una sociedad natural de la que el padre es el jefe.

Relacionado con este aspecto, el maestro Leopoldo

Aguilar (21) ha sustentado el juicio siguiente: "Un dato que por conocido y evidente no deja de ser de primera importancia en estos casos, es que el Juez Civil junto a las delicadas funciones familiares, tiene sobre sí una montaña de asuntos patrimoniales, que con sus múltiples diligencias y complicaciones, hacen imposible, aunque lo desee, poder dedicar a la suerte de un niño, tres sesiones de dos horas, para convencer a sus padres y asegurar un porvenir mejor, que lo convierta en un elemento útil a la sociedad.

Ante los problemas que en forma incompleta y resumida se han expuesto, hemos pensado que la reglamentación al respecto debe ser distinta y radical, empezando por encomendar el divorcio y las demás cuestiones familiares a una jurisdicción especializada, con experiencia y con tiempo suficiente para una completa dedicación; los sacrificios económicos y de toda índole que fueren necesarios para realizar este ideal, estarían perfectamente justificados".

Las consideraciones de la doctrina que hemos dejado apuntadas en este capítulo, nos permiten, con más firmeza, argumentar que en relación al problema planteado, la solución de la ley al establecer dos poderes de igual jerarquía en la familia, tiende a desunir a ésta. Establecer, como lo hace el Código, una igualdad de autoridad absoluta, tiene entre otros efectos, el de hacer inestable al matrimonio; de disgregar al grupo familiar, porque y como se ha afirmado, dentro de las relaciones privadas de los esposos, debe haber indiscutiblemente algún orden jerárquico, una dirección en el mando. Por demás acorde es la solución legal que estima que de común acuerdo los esposos arreglarán todo lo relativo a la educación y esta-

---

(21) Leopoldo Aguilar.— "La patria potestad y el divorcio", publicado en la obra "La situación jurídica de la mujer mexicana.— México. 1953.

blecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a estos pertenezcan, pero pensamos que en caso de no haber armonía entre los cónyuges, que es la base de la estabilidad del matrimonio, debe prevalecer indiscutiblemente la opinión de uno de ellos.

La autoridad del padre es particularmente necesaria, porque se ejerce en el centro de la célula social de la familia, y los individuos no valen más que lo que la familia hace de ellos. El criterio de la prosperidad de una sociedad es la cualidad de las familias que la componen y lo más esencial de esta cualidad, como ya se dijo, es la estabilidad. Por eso consideramos que la esposa debe guardar en sus relaciones con su marido, un cierto grado de subordinación, que evite los choques entre poderes de igual dimensión, tal como actualmente están concebidos en la ley.

Lo anterior no significa, de manera alguna, que la mujer se vea limitada en su capacidad, en razón a su sexo; sino por el contrario y como se ha afirmado, el matrimonio (que impone más cargas que derechos) y la familia, son los que crean esta situación y, en última instancia, la naturaleza misma del hombre y la mujer determinan esa desigualdad en cuanto a cualidades y funciones, que como dice Brunner, nada tienen que ver con la igualdad en cuanto a dignidad personal. Consideramos que la autoridad del esposo y padre en una familia, no debe ser conceptuada como lo era en el Derecho Romano. El concepto moderno del jefe de familia, concede al marido la facultad de dirigir moral y materialmente a la familia, evitándose que tal poder degenerare en absolutismo, a virtud de las normas de igualdad o deberes recíprocos a que ya aludimos en este trabajo; consideramos igualmente, que las relaciones entre los esposos deben desenvolverse en un plano de armonía, tal como lo establece la ley, pero sólo cuando el marido abuse de su derecho, es aconsejable

la intervención del Juez familiar, es decir, que no es del todo aceptable que el Juez de lo civil, sea el mismo que resuelva los complejos asuntos de familia, recargado como está de otros negocios de carácter patrimonial.

De los sistemas legislativos que sobre la capacidad de la mujer casada hemos estudiado en el desarrollo de este tema, estimamos, con Fernández Clérigo, que el mejor de ellos es el seguido por el Código Suizo que respetando la personalidad y esfera de autonomía de la mujer casada, confiere, sin embargo, al marido la gerencia de la sociedad familiar y la dirección de los intereses conyugales, evitando así conflictos frecuentes y la casi constante intervención del Juez en las cuestiones más íntimas del hogar, lo que no suele ser conveniente y menos en aquellos países, como el nuestro, en donde no está constituida una especial jurisdicción familiar, con funcionarios idóneos y en donde han de encargarse de estas delicadas cuestiones los jueces de lo civil, algunas veces con categorías modestas, que están abrumados de trabajo o insuficientemente preparados para tan sutiles y especiales labores.

En tal virtud, estimamos que se hace necesaria una revisión al artículo 167 del Código Civil.

## CONCLUSIONES :

Es evidente el acierto de nuestra legislación civil vigente, en cuanto confiere a la mujer su plena capacidad jurídica, igual a la del hombre; por lo consiguiente, no deberá quedar sometida por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.

El Código Civil y ya tratándose de la mujer casada, admite excepciones al principio de igualdad impetrado por la misma legislación sustantiva; excepciones que implican limitaciones a la capacidad civil de la mujer casada:

En efecto: la ley, con el fin de proteger a la mujer casada en sus intereses patrimoniales, le hace requerir de la asistencia del Juez para contratar con su marido o para que sea fiadora de éste o se obligue solidariamente con él en asuntos de interés exclusivo del esposo. La autorización judicial no se concederá, dice la ley, cuando notoriamente resulten perjudicados los intereses de la mujer.

En razón de la familia, el Código Civil limita la capacidad de la mujer casada para que pueda desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, en cuanto condiciona el desempeño o ejercicio de tales actividades, a que no resulte dañada la moral de la familia o la estructura de ésta y no se perjudique la misión de la mujer, —impuesta por la ley— para que dirija y cuide de los trabajos del hogar.

Es de alabarse el pronunciamiento de la ley civil, que se hace acerca de la armonía entre los esposos y que tiende a buscar la estabilidad del matrimonio, en cuanto se dice que los cónyuges, de común acuerdo, arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

Empero, esa armonía y estabilidad resulta antipática a la declaración tajante de la ley, emitida en el sentido de que marido y mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, porque si bien es cierto, —como lo afirma Brunner— que la estructura de la familia es la resultante de la igualdad en dignidad personal y de la desigualdad en cuanto a cualidades y funciones; por lo que hace a esta última, es indudable que en todas las formas sociales se dá por admitido un cierto orden jerárquico y en el matrimonio a su vez, se presupone al marido como el elemento directriz de la unión conyugal. Consideramos que la auténtica dignidad de la mujer exige ese orden, que se desprende de la propia naturaleza del hombre y la mujer, de tal manera, que cualesquier sociedad matrimonial organizada de otra forma, resultará antinatural. Ese orden jerárquico, que en nada se relaciona con una desigualdad en cuanto a la dignidad personal, se encuentra limitado con las normas resultantes de un débito recíproco igual y no está instituido en razón de restringir, en cuanto al sexo, a la capacidad de la mujer casada; sino que por el contrario, se fundamenta en principios de naturaleza familiar, tendientes a armonizar y dar equilibrio a la institución matrimonial. Más aún, si en función de ese orden jerárquico el marido abusara de su derecho, puede la mujer recurrir al Juez para que conozca del problema familiar y procure avenir a los cónyuges y de no lograr esto, resuelva el conflicto, sin forma de juicio, en lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos.

Creemos no es aconsejable tampoco, la medida de la ley civil que hace intervenir en el conocimiento de los problemas familiares al Juez Civil o común. Es de desear que se establezca una verdadera jurisdicción familiar, especializada en resolver esa clase de problemas y con funcionarios capaces a ese fin.

En consecuencia,

Consideramos que debe propugnarse por una reforma al artículo 167 del Código Civil, en los extremos indicados.

## B I B L I O G R A F I A

AGUILAR GUTIERREZ ANTONIO Y DERBEZ MURO JULIO. "Panorama de la Legislación Civil de México".

AGUILERA Y VELASCO ALBERTO. "Código Civil Francés". Madrid. 1875.

ALIANZA DE MUJERES DE MEXICO. Estudios Jurídicos. "La situación jurídica de la mujer mexicana". México, 1953.

BENZO EDUARDO. "Los derechos de la mujer contados con sencillez". Escelicer S. L. España.

BRUNNER EMIL. "La Justicia". Doctrina de las Leyes fundamentales del orden social. Centro de estudios filosóficos. U. N. A. M, 1961,

CABANELLAS GUILLERMO. "Repertorio jurídico de locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos". Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires.

CARNELUTTI FRANCESCO. "Teoría General del Derecho".

CASTAN TOBEÑAS JOSE. "Los últimos avances de la condición jurídica de la mujer española". Instituto Editorial Reus. Madrid. 1963.

CASTAN TOBEÑAS JOSE. "Derecho Civil español común y foral". Ed. Reus. Madrid. 1936,

DE BECKER LOUIS. "El derecho de la mujer en la antigüedad". Editorial Atalaya. Buenos Aires.

DE PINA RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano". Editorial Porrúa. México. 1960.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON LUIS. "El negocio jurídico del derecho de familia". Instituto Editorial Reus. Madrid. 1962.

FERNANDEZ CLERIGO LUIS. "El derecho de familia en la Legislación comparada. U. T. E. H, A, México,

GARCIA MAYNEZ EDUARDO. "Introducción al estudio del derecho". Editorial Porrúa. México. 1949,

GARCIA TELLEZ IGNACIO. "Motivos, colaboración y concordancia del nuevo Código Civil Mexicano". Editorial Porrúa.

GOMEZ DE LA SERNA PEDRO Y MONTALBAN JUAN MANUEL. "Elementos de Derecho Civil y Penal de España". Librería del Abogado. México. 1852.

GONNARD RENE. "Historia de las doctrinas económicas". Biblioteca de Ciencias Sociales. Aguilar. Madrid. 1956.

LAURENT F. "Cours de Droit Civil". París. 1887.

LEMUS GARCIA RAUL. "Derecho Romano" Ediciones Lamsa. México. 1964.

JORS PAUL Y KUNKEL WOLFGANG. "Derecho Privado Romano". Editorial Labora, S. A. 1937.

LENIN V. I. "La emancipación de la mujer". Ediciones en Lenguas Extranjeras. Moscú.

MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. "El Matrimonio". Tipográfica Editora Mexicana, S. A. México. 1965,

MANRESA Y NAVARRO JOSE MARIA. "Comentarios al Código Civil Español". Editorial Reus. Madrid. 1924,

MATEOS ALARCON MANUEL. "Código Civil para el Distrito Federal, concordado y aumentado". México. 1904.

MATEOS ALARCON MANUEL. "Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal, promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884. México. 1885.

MAZEAUD HENRI, LEON Y JEAN. "Lecciones de Derecho Civil". E. J. E. A. Buenos Aires, 1950,

MESSINEO FRANCESCO. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Editorial E. J. E. A. Buenos Aires, Argentina.

ORGAZ ALFREDO. "Derecho Civil Argentino" Personas jurídicas individuales. Editorial de Palma. Buenos Aires, 1946.

ORTOLAN M. "Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano". Madrid. 1884.

PENSADO TOME ANTONIO. "En torno a la exigencia de la licencia marital para la confesión judicial de la mujer casada". Instituto Editorial Reus. Madrid. 1962.

PETIT EUGENE. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editora Nacional, S. A. México. 1952.

PLANIOL MARCEL. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Cajica, Puebla, México.

PROUDHON P. J. "Amor y Matrimonio". Jarie Hermanos, editor Barcelona.

RISOLIA. MARCO AURELIO. "Capacidad y Contrato". Editora Alfredo-Perrat. Argentina.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. "Compendio de Derecho Civil". Antigua Librería Robredo. México. 1964.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano". Antigua Librería Robredo. México. 1956.

SALA JUAN. "Digesto Romano Español". Madrid. 1844.

SCIALOJA VITTORIO. "Procedimiento Civil Romano".  
E. J. E. A. Buenos Aires, Argentina,

SPOTA ALMA L. "Igualdad jurídica y social de los se-  
xos". Editorial Porrúa, S. A. México. 1967.

SPENCER HERBERT. "La Justicia". Editorial La Espa-  
ña Moderna. Madrid.

SHOM RODOLFO. "Instituciones de Derecho Privado Ro-  
mano". Gráfica Panamericana. S. R. L. México, 1951,

VERDUGO AGUSTIN. "Principios de Derecho Civil Me-  
xicano". Librería Central. México. 1886.

CODIGO CIVIL DE 1870.

CODIGO CIVIL DE 1884.

LEY DE 9 DE ABRIL DE 1917, SOBRE RELACIONES  
FAMILIARES.

CODIGO CIVIL DE 1928.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE ME-  
XICO. Tomo XVI. Núms. 61, 63 y 64. 1966.