

741
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



RECIBO
DE
LIBRO DE
DIPLOMADO

**"LA ACCION DEL CONYUGE ECONOMICAMENTE
NO ACTIVO, DURANTE EL MATRIMONIO PARA
EL CASO DE DIVORCIO".**

T E S I S

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

VIRGINIA ROMERO Y MARTINEZ

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

México, D. F.

1990



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

LA FAMILIA	1
A) DESARROLLO HISTORICO	1
B) ELEMENTOS	27
C) FUNCIONES	32

CAPITULO II

MATRIMONIO	35
A) ANTECEDENTES	35
B) REQUISITOS	41
C) IMPEDIMENTOS	49
D) EFECTOS	65

CAPITULO III

REGIMENES PATRIMONIALES	89
A) SOCIEDAD CONYUGAL	94
B) SEPARACION DE BIENES	110
C) REGIMEN MIXTO	118
D) OTROS REGIMENES	120

CAPITULO IV

EL DIVORCIO	126
A) TIPOS	147
B) EFECTOS	160

CAPITULO V

LA ACCION DEL CONYUGE ECONOMICAMENTE NO ACTIVO, DURANTE EL MATRIMONIO PARA EL CASO DE DIVORCIO	177
A) RESPONSABILIDAD CIVIL	177
B) NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL	193
C) DERECHO EXTRANJERO	228
D) DERECHO MEXICANO	229
CONCLUSIONES	235
BIBLIOGRAFIA	237

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

EL INDIVIDUO REALIZADO EN LA VIDA, ES AQUEL QUIEN RESUELVE SATISFACTORIAMENTE LOS PROBLEMAS QUE EL DESARROLLO DE LA VIDA MISMA LE PRESENTA.

Desde que inicié la carrera profesional de Licenciado en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México, tuve como meta fundamental obtener el título correspondiente, no obstante tal acontecimiento se me volvía cada vez más inalcanzable por diversas circunstancias; sin embargo, cuando volví a la añorada Facultad de Derecho para ver lo relacionado con la elaboración de la Tesis, y terminar así mi compromiso con mi País, afortunadamente encontré un absoluto respaldo y guía del Licenciado Flavio Galván Rivera, quien influyó decisivamente en la motivación hacia mí, para que el soñado proyecto se llegara a lo que hoy es sin duda una importante realidad, la culminación de esta Tesis y al entregarla, quiero enviar en estas líneas mi gratitud y reconocimiento al Maestro aludido.

El trabajo recepcional que se somete a la consideración del Honorable Jurado consta de Cinco Capítulos: en el Primero hablamos de La Familia, en el Segundo se trata lo referente al Matrimonio en General, en el Tercero se analizan los Regímenes Patrimoniales en el Matrimonio, en el Cuarto se estudia al Divorcio, sus Tipos y Efectos, para concluir con el Quinto Capítulo donde hablamos de la Acción de Responsabilidad Civil que tiene el Cónyuge Económicamente no Activo durante el Matrimonio, para el caso del Divorcio, tratándose de un matrimonio celebrado bajo el Régimen de Separación de Bienes, proponiendo una reforma importante al Código civil para el

Distrito Federal respecto a la acción precitada, toda vez que no se menciona con claridad lo que se entiende por Responsabilidad Civil en dicho Ordenamiento.

CAPITULO I

LA FAMILIA.

A) DESARROLLO HISTORICO.

Por ser la familia uno de los puntos básicos de nuestro estudio, el otro es el Derecho, tenemos que localizarla en la Historia y logrando esto, veremos su composición, relaciones con otras formas sociales y sus efectos recíprocos; así como su evolución.

La Horda. Con muy pocas variantes y referentes a su composición, la mayoría de los sociólogos están de acuerdo en que una de las primeras formas sociales que integraron los hombres fue la horda, concepto sociológico que nos revela un conjunto de hombres dedicados a la caza y la pesca, errantes la mayor parte del tiempo, ignorando inconscientemente la importancia de la liga social, de la unión y nos referimos a la unión para el progreso y no a la unión instintiva del grupo para cazar y acampar.

Es muy probable, que la carencia de la horda de lazos familiares, se debió entre otras causas, a que el hombre ignoraba que su unión sexual con la mujer, fuera la causa engendradora del hijo.

Durkheim, citado por Mendieta y Nuñez y refiriéndose a la horda, dice: "Es un agregado social que no comprende ni ha comprendido jamás, en su seno, ningún otro agregado más elemental, sino que se resuelve inmediatamente en individuos". (1)

(1) Mendieta y Nuñez, Lucio. Teoría de los Agrupamientos Sociales. Editorial Porrúa, S.A. México. 1963. 3a. Edición. pág. 73.

De la anterior definición podemos desprender que la horda es la base - o punto de partida para el estudio de todas las formas de sociedad, puesto que en su seno no existe ninguna otra forma social.

Al ser la horda la forma social más antigua y al no haber datos ni opiniones que demuestren lo contrario, podemos resumir en lo siguiente: las características más importantes de esta forma social:

- a) Grupo de individuos;
- b) Sin organización interna;
- c) Sin lugar fijo;
- d) Sin lazos familiares;
- e) Sin sistemas normativos, y por lo tanto sin Derecho;
- f) Sin metas definidas, fuera de la vital y
- g) Sin política, meramente genético.

El Clan. Para algunos autores, el clan tiene el significado de linaje, descendencia y lo consideran como la siguiente forma social, esto es, le sigue a la horda, pero ya se le atribuye una organización, así como algunas otras características importantes de que carecía la horda.

Las fuerzas naturales, el desarrollo mental del hombre, la conveniencia de la unión, fueron factores determinantes en la aparición del clan.

El clan ya puede localizarse en determinado territorio y posee un poder jerarquizado, sujeto a reglas consuetudinarias.

Mientras que la horda es una agrupación netamente genética, el clan -

es genético-político; porque ya se vincula a esta forma social, el poder-político. Ya en este estadio puede localizarse dentro del clan, ciertas relaciones de grupo que más o menos nos llevan a localizar a la Familia, - solo que, esta especie de Familia es diferente a la actual, puesto que la que existía dentro del clan, estaba formada por miembros no consanguíneos.

Lo anterior se puede corroborar, si se piensa en que los miembros de - un clan, no son parientes porque sean hermanos, sino porque pertenecen al Tótem y descienden de un antepasado común; de ahí que exista el dato de - que los miembros del clan, tienen ideas morales comunes; así como un lenguaje también común.

Está comprobado que los miembros del clan del Canguro, les está prohibido matar a un animal, y por lo contrario, se le venera para que siempre los proteja, con más precisión diremos que en el Clan ya existía la prohibición de hacer o no hacer algo (relaciones normativas) por lo consiguiente ya existía el Derecho.

La mujer en estos estadios, fue adquiriendo poder, debido a que el padre ignoraba que él era el que engendraba al hijo; de ahí que el parentesco no se identificaba solamente por la sangre, sino por el Tótem, luego entonces el clan gira alrededor de la mujer, por lo mismo, el clan es una - formación social gineocrática. La mujer en esta etapa se dedicó a la -- agricultura y a las artes industriales. A la mujer que era la jefa, le estaban reservados los puestos políticos y religiosos, como las Pitonisas.

De lo anterior se desprenden las características del clan, que son las

siguientes:

- a) Grupo numéricamente definido;
- b) Organización interna;
- c) Lugar fijo;
- d) Lazos familiares;
- e) Sistema normativo;
- f) Metas definidas;
- g) Genético-político.

La Tribu. Es un grupo social al que comprende un número de clanes y - otros subgrupos, el cual se caracteriza por poseer un territorio, dialecto y cultura propia, estructura política organizada y con un incipiente sentido de solidaridad común ante los extraños.

La Fratria. Esta forma social, puede considerarse como la forma intermedia entre el clan y la tribu; ya que si algunos clanes tienen intereses comunes entre sí y resuelven unirse, forman entonces lo que se llama Fratria.

Durkeheim, citado por Roberto Agramonte, dice: "La Fratria-Fraternidad, no es más que un clan primario que, habiendo aumentado en el número de componentes, desprende de sí un número de clanes secundarios, sin que estos - últimos pierdan el sentimiento de su solidaridad con aquél, ni la conciencia de su común origen". (2)

Esta definición es importante pues nos revela la existencia dentro de-

(2) Agramonte, Roberto. Sociología. Editorial Panorama. México. 1970. 2a. Edición. pág. 167.

Los grupos sociales, del concepto de Autonomía.

La Fratría así formada, no tiene mayor relevancia, que la coincidencia en muchos aspectos. Pero hay otras Fratrías donde existe verdadera colaboración, y es el caso, cuando una Tribu se divide en dos Fratrías, nacen los sentimientos de colaboración con mayor fuerza, así como la prohibición de la Endogamia; ya que si algún miembro de cualquiera de las dos mitades en que se ha dividido la Tribu, pretende casarse, tendrá que hacerlo con miembro de la otra mitad, menos con las de su Tribu (exógamia).

Resumiendo las características de la Fratría, tenemos:

- a) Grupo con más conciencia de la solidaridad;
- b) Organización interna más estable;
- c) Lugar o territorio fijo;
- d) Lazos familiares;
- e) Sistema normativo;
- f) Como algo importante, tanto en el clan como en la Fratría, la prohibición de la Endogamia.

Es muy difícil, aunque a veces se ha observado en la historia, que formas sociales más o menos adelantadas, retrocedan en su evolución; esto lo afirmamos, porque no todos los investigadores de la materia están de acuerdo en que el clan halla precedido a la tribu; pero lo cierto es, que un grupo que tiene mayor organización que otros, necesariamente debió formarse de los grupos inferiores, modificándose en su estructura, asimilando todo lo mejor del grupo inferior y adaptándolo a la nueva forma social del grupo así formado.

Thurwald, citado por Mendieta y Núñez y en relación a la tribu, afirma: "Es un cierto número de familias, sipes o comunidades que hablan la misma lengua, poseen instituciones, costumbres y usos semejantes, tierras en común y la misma descendencia". (3)

La definición anterior nos parece demasiado vaga, porque al estudiar los grupos inferiores, vimos que la horda era un grupo familiar, pero sin ninguna relevancia dentro del clan; por lo consiguiente, la Tribu no pudo formarse a base de familias, sino simplemente a base de clanes, ya fuesen tres o cuatro o de alguno bastante numeroso. Y precisamente lo contrario si aconteció ya que la Tribu sí estaba formada por familias, aunque también en esta agrupación carecía del poder de decisión.

No obstante la falta de poder de la familia, como unidad, la mujer seguía conservando el poder conquistado en los anteriores estadios.

No debemos ni podemos ignorar en el hombre, los instintos negativos; - egoísmo, celos, lucha, etc., por lo tanto, es difícil precisar la causal - por la que los clanes se unieron en Tribus; salvando claro esta, la idea y la evolución misma de los grupos hacia un mundo mejor.

Siendo la Tribu en su forma más perfecta que los anteriores grupos, - por el sólo nacimiento o formación de la Tribu, se observa en ella un espíritu más exclusivista y una mayor solidaridad, así como un territorio y - lenguaje comunes; también se nota la existencia de sistema normativo, y -

(3) Mendieta y Núñez, Lucio. op. cit. pág. 16.

lo que es más importante la normatividad no era exclusivamente interna, si no que se extendía hacia el exterior, ya que si algún miembro de la otra Tribu pretendía casarse con un miembro de Tribu diferente, debía llenar ciertos requisitos; lo que provocó el rapto de miembros y las luchas tribales.

En la época moderna hemos visto que las guerras, han legado a la humanidad, un cúmulo de conocimientos extraordinarios, así como organismos mundiales, tales como la Organización de las Naciones Unidas; y en los estudios que estudiamos las luchas tribales, dieron nacimiento a la forma social: Confederación de Tribus la cuál encontró su mejor desarrollo en los Estados Unidos de Norte América. Mendieta y Núñez, expresa: "En Méxido, por ejemplo, determinados pueblos indígenas conservan vestigios más o menos acusados de organización tribal; pueden citarse entre ellos los Tarahumaras, Huicholes". (4)

La complejidad de la organización tribal, hace pensar en la existencia de un jefe electo por los jefes de Tribus, y por lo tanto, aquí tenemos un antecedente del Derecho político de votar.

Resumiendo lo anterior, los rasgos más importantes de la Tribu son:

- a) Grupo definido;
- b) Organización interna y externa;
- c) Lazos familiares;
- d) Sistema normativo interno y externo;
- e) Metas definidas;

(4) Mendieta y Núñez, op. cit. pág. 17.

- f) Forma genético-político.
- g) Con unidad lingüística y cultural.

Egipto. Al estudiar la horda, tribu, clan, etc., lo hicimos con el objeto de precisar las primeras formas sociales y de tener un punto de partida respecto a la familia y poder seguir su evolución a través de la historia; pero meditando sobre estos fenómenos sociales, nos hemos dado cuenta de que si esas formas sociales han evolucionado en forma más o menos rápida, esto se debe a que los factores sociales se han venido multiplicando a mayor ritmo; en efecto no creemos que la influencia del medio geográfico, influyera grandemente en la organización de la horda, porque precisamente la naturaleza de esta forma social, era la de ser errante. Y así podríamos citar varios factores que aún existiendo, no influyeron en la formación de algunos grupos sociales.

Por lo contrario, es importante hacer notar que las culturas orientales, tuvieron como escenario, un cuadro propio y con la influencia determinante de ciertos factores naturales; ya fueran valles, ríos, lagos, etc.- Con cuanta razón dice el maestro Antonio Caso: "El mar y los ríos son principalmente los fecundos autores de las sociedades históricas. Todas las grandes civilizaciones nacieron merced a un accidente geográfico, que constituyó la posibilidad de su desarrollo indefinido.

China, la India, Persia, Caldea y Egipto fueron grandes presentes de los ríos de Asia y Africa". (5)

(5) Caso, Antonio. Sociología. Fondo de Cultura Económica. México. 1968.- 4a. Edición. pág. 122.

Para nuestro estudio de la familia, sociedad y derecho egipcios, será necesario, aunque sea someramente, estudiar su organización política así como su religión y costumbres.

Desde las primeras formas sociales, hasta la aparición de la cultura egipcia, hubo de transcurrir mucho tiempo; hecho importante para comprender el grado cultural y religioso de los egipcios.

La primera organización política de que se tiene noticias, fue un conjunto de centros locales denominados nomos, los cuáles tuvieron una organización tribal, con todos los atributos que le son propios.

Posteriormente surgió un gobierno territorial, cuyo poder estaba en manos de una clase sacerdotal; como sucedió en casi todos los pueblos del mundo. Este concepto sociológico de la clase, ya sea sacerdotal, guerrera, media, aristocrática, nos revela y prueba la lucha de tribus contra tribus, lo que da por resultado la formación de lo que la Sociología llama Pirámide Social, cuya cima es ocupada por los más aptos y cuyo cuerpo y base es ocupada por los desheredados y vencidos. Este fenómeno social, lo vemos en todos los pueblos y en todas las épocas; este hecho es importante porque influye notablemente en el Derecho y la Sociedad, pues lo que están en el poder, tratan siempre de permanecer en él, tanto tiempo como sea posible.

La siguiente etapa política de Egipto, la constituyó la monarquía, misma que duró varios siglos.

Tacchi Venturi expresa: "En realidad, la monarquía faraónica es en la

mentalidad del egipcio antiguo, no sólo la depositaría de un poder político y civil, sino también y antes que nada una emanación directa y una encarnación de la divinidad". (6)

Durante las dinastías faraónicas se observa un conjunto de - costumbres que no tenían como fin ni contenido, la regulación propiamente dicha de la conducta humana, sino que servían como medio para alcanzar fines extraterrestres; por lo mismo, se carecía en lo absoluto de la noción del Derecho, como conjunto de normas o costumbres que sirven para regular y encauzar la conducta humana, hacia fines de beneficio colectivo y común.

Sin embargo, como lo afirma César Cantú: "Existían delitos - que eran castigados con penas muy severas, pues al que cometía el delito - de adulterio, se le aplicaban mil azotes y a la mujer se le cortaba la nariz". (7)

Para el egipcio, su rey faraónico era la encarnación misma de la divinidad, esto es, representaba a los dioses en la tierra, y efectuaba los ritos, de que según los egipcios dependían sus vidas y su felicidad. - La religión en Egipto tuvo como fines la orientación completa de la vida - dentro del mundo demoníaco.

En las anteriores formas sociales, tales como la horda, la tribu, etc., la familia tenía contornos más o menos vagos; ya en Egipto - se ve como una unidad que anula al individuo.

(6) Tacchi, Venturi. Historia de las Religiones. Traducción. Editorial-Diana. México. 1970. 1a. Edición. pág. 361.

(7) Cantú César. Historia Universal. Tomo I. Editorial Pax. México. 1960. pág. 252.

El estudio de la familia egipcia, así como el papel que juegan sus componentes, es de capital importancia, porque se considera a la familia como una célula social, de la cual se derivan reglamentaciones a la propiedad, testamentos y sobre la contratación.

Entre los miembros de la familia egipcia, existía un respeto profundo; la propiedad de los bienes no pertenece como sucede en Roma, al jefe de la familia, sino a todos los miembros, la enajenación requiere el consenti - miento de todos ellos; consecuentemente el padre es un simple administra - dor.

A diferencia de lo que acontece en los demás pueblos antiguos, en don - de el hombre es el que regularmente ejerce la profesión de comerciante, en Egipto, esta actividad es confiada a la mujer, quien la ejecuta públicamen - te.

En este estadio, la mujer gozaba de una gran consideración; en las - tumbas se encuentran representados los dos esposos, sentado uno al lado - del otro y con las manos entrelazadas, y otras veces la mujer le apoya el - brazo en el hombro, mientras los hijos, de un tamaño más pequeño, están - sentados a sus pies o les presentan las ofrendas funerarias.

Al pertenecer los bienes a toda la familia, en caso de repartición de - los mismos, debía hacerse por partes iguales, correspondiendo a la mujer, - una parte igual a la de los hijos; los derechos de la mujer son idénticos a los del varón y su independencia contractual igualmente.

Como consecuencia de la igualdad de derechos, la mujer egipcia podía - ejercer funciones de sacerdotiza, así como actividades públicas.

"En el interior del hogar la mujer era la "Nebt Pa" la señora de la casa; y no obstante que el marido podía tener otra mujer, llamada ésta de -segundo orden, los hijos de la señora de la casa, gozaban de ciertos privilegios.

"La base de la organización familiar egipcia, lo era la monogamia, pues dicha forma se encuentra más difundida entre las sociedades antiguas que - la poligamia.

"No obstante la costumbre introducida por otros pueblos, en el sentido - de que se permitía la celebración de un segundo matrimonio, en la mayoría - de los casos, sólo se celebraba el matrimonio principal o sea con la "Nebt Pa".

El matrimonio se celebraba con una declaración ante el funcionario en - cargado de realizar el censo quinquenal, cuya declaración se limitaba al - hecho de haber tomado a tal mujer por esposa, quedando ipso facto legítima dos los hijos que nacieron o nacieran de esta unión. (8)

Por lo mismo, el hogar, la familia, era considerado como algo sagrado - y eternamente unido.

"China. A semejanza de otras culturas, la de China tuvo base aldeano - campesina y, también culminó su primer desarrollo en un período de conflic - tos sociales y trastornos intelectuales, en el cuál se fraguó una tradi - ción duradera.

No se puede señalar con precisión los comienzos de la vida sedentaria-

(8) Cantú César. op. cit. pág. 268.

en China y mucho menos las aportaciones culturales en su período nómada; - según lo afirma Ralph Turner "Las primeras dinastías fueron: La Hsia, la Shong y la Chuu". (9)

Como resultado de las monarquías citadas, surgió la clase dirigente militar, así como su jefe político, que al luchar con los otros jefes, produjo el surgimiento de una serie de dominios semif feudales.

Por ser universal la existencia de clases, China tuvo que soportarla y en mayor grado, pues como uno de los países más prolíficos, no pudo escaparse a este fenómeno social, en efecto y según R.M. MacIver y Charles H. Page: "Las comunidades se estratifican socialmente de diversas formas. El sexo es siempre de mayor trascendencia biológica y la división en grupos de diferentes edades, puede constituir como a menudo ha sucedido en las sociedades primitivas, una característica predominante en la estructura interna de la comunidad". (10)

El régimen político de la China primitiva, lo fue la monarquía, cuyo soberano era súbdito del señor del cielo; de ahí la íntima relación entre gobierno y religión.

La religión China, tenía la concepción del universo demoníaco. Los chinos creían que el hombre posee dos almas, P'ò y Hum. Cuando muere un hombre, su P'ò, se queda en el sepulcro, en compañía del cadáver, al romperse éste el P'ò se hunde en el mundo subterráneo. En cambio, el Hum,

(9) Tacchi Venturi. op. cit. pág. 366.

(10) M. MacIver y Charles H. Page. Sociología. Editorial Mc Graw Hill. México. 1971. 2a. Edición. pág. 364.

asciende al palacio del cielo.

En general el examen de la sociedad y el poder social fue emprendido - por los filósofos, quiénes al mismo tiempo que enseñaban, combatían el poder despótico de los gobernantes de su tiempo.

Las ideas de estos filósofos así como la propia naturaleza del chino, hicieron que la familia sirviera de base a la vida social y política de la nación.

El deber supremo que tiene un hijo, es el respeto al padre, quien es - considerado como la persona que dirige y gobierna al hogar, y puede incluso vender a sus hijos si así lo desea.

La fidelidad de un hijo para con su padre debe permanecer inalterable - eternamente.

El individuo fuera de la familia, aún gozando de libertades, no tiene - sentido para el chino, quien solo ve en la familia la base y fundamento de todo superorganismo, ya que al gobierno civil, se le considera como una - prolongación de la autoridad paterna.

La familia china considerada como una unidad se muestra altamente res - petuosa de sus antepasados; así como extraordinariamente cortés y pruden - te con los extranjeros, para quienes no tiene odio alguno.

Asimismo, las relaciones entre los miembros de la familia, son también

cortesés y de una hermandad asombrosa; guardando todos ellos, un sincero-respeto hacia el hijo mayor o primogénito.

La familia en chino se llama Sing, y así a China se le da el nombre de Pe Kia Sing (las cien familias), por lo que se puede deducir la importancia que para el chino tiene la conservación de la familia, costumbres y creencias propias del hogar.

Si por una parte hay un respeto absoluto del padre de familia, por otra existe una penosa situación para la mujer, ya que se permitía en China la poligamia, de suerte que hasta la mujer principal, aunque tenía primacía sobre las secundarias, había de soportar cualquier situación que ocurriese entre su esposo y la otra mujer secundaria.

Como consecuencia de la poligamia, se estableció en China el divorcio, el cual procedía por cualquiera de estos motivos: "Locuacidad, esterilidad, desobediencia a los padres del marido, los celos, enfermedad crónica y posteriormente se fijó como causa de divorcio, el adulterio". (11)

India. Los primeros grupos humanos que llegaron a la India, tenían la forma social tribal, mismos que estaban constituidos por familias, las cuales se encontraban sujetos a la autoridad del padre, que era a la vez guerrero y sacerdote.

La institución principal que existía en la India, era la familia unida.

(11) Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado. Editorial Larousse. Paris. - Francia. 1972. pág. 148.

En esta familia, de estructura fundamentalmente patriarcal, la propiedad era patrimonio colectivo de todos los varones que descendían por vía directa del cabeza hasta el grado de biznieto. Después de tres generaciones de herederos varones, las hijas pasaban a ser herederas.

La diversidad de grupos de distintas razas que invadieron el territorio indú, obligó a que varios de ellos, que no eran sedentarios, se unieran y formaran una monarquía. La monarquía y la agricultura, fueron rasgos característicos de esta época.

Las ciudades o aldeas, estaban formadas por casas a lo largo de las calles, las cuales era propiedad privada de los jefes de familia y no podían enajenarse sin permiso de la colectividad.

Es importante para nuestro estudio, hacer notar que esta prohibición de no enajenar, sin autorización de la colectividad, debe ser un remotísimo antecedente del patrimonio familiar y del interés público.

Grandes fajas de terreno se distribuían entre los jefes de familia, teniendo así, un patrimonio sujeto a la colectividad.

Existía un consejo de ancianos que se elegían cada año y cuya función era ver y hacer que se respetaran las costumbres relativas a la salubridad pública, así como a la administración general. La comunidad era pues la base de la vida hindú.

Como en la religión China, en la hindú con un carácter más acentuado -

respecto a la magia, los hombres creían en tres divinidades: los dioses - del cielo; los dioses del aire y los demonios. Hemos de hacer notar que la religión hindú, fue la que más influyó en las castas y particularmente en las familias, ya que estas formaban parte de las castas, que eran la base de la sociedad hindú.

Así pues, los cultos religiosos tenían su centro en la familia, cuyo jefe conservaba vivo el recuerdo de los antepasados y ofrecía sacrificios a los dioses. Entre los miembros de la familia había una relación rígida, organizada en función del matrimonio; en manos del padre estaban la autoridad y la propiedad; y tenía potestad casi ilimitada sobre su esposa e hijos y las familias de éstos. La familia así unida fue la expresión original del principio que más adelante se convirtió en fundamental para la sociedad hindú, a saber: que el individuo nunca existe solo sino como miembro de un grupo legal y religioso.

La diversidad de razas y la desproporción en la posesión de la riqueza fueron factores determinantes en la vida de las castas. Lucio Mendieta y Núñez afirma: "Al lado de la familia, dice Sorokin, del clan, tribu y nación, hay otros grupos multiligados que ejercen notable influencia entre sus miembros, en otros grupos y en el total proceso histórico, entre ellos deben citarse las castas y las clases". (12)

La casta puede definirse como la forma social compuesta por un grupo de individuos que coinciden en estos rasgos; nacimiento, profesión y vo -

(12) op. cit. pág. 20.

luntad.

Como es natural, en un país que tenga muchas formas de pensamiento, su evolución es lenta y penosa, y más en este caso que influyó directamente en la familia.

La casta puede ser tribal y profesional. La unidad se conserva por una rígida endogamia, tanto en unas como en otras, y en consecuencia con el transcurso del tiempo se convierte en un grupo unido por lazos de sangre.

La poligamia y el matrimonio infantil eran lo más sobresaliente en la familia hindú.

La influencia de las castas en el derecho fue definitiva, pues complicaron extraordinariamente la posesión de la tierra; la compra-venta tenía como nota esencial la publicidad, porque de lo contrario se consideraba fraudulenta; el mutuo era un negocio ilícito y las deudas hereditarias.

Imperio Medo Persa. La organización social de los Medo-Persas fue la tribal, compuesta por familias sujetas a la autoridad paterna, cuyo guía y maestro era el profeta Zoroastro, quien con sus enseñanzas, transmitidas a través de los magos, unió a las clases sociales en una comunidad de ideas que llegaron a predominar en la cultura irania.

La familia era monogámica y los varones tenían una situación privilegiada; no obstante que entre todos sus miembros existía la idea de la unión y de considerar a la familia como un punto de partida para la formación de un todo social, basado también en principios como el culto simpli-

ficado; la idealización de la agricultura; educación aristocrática y teoría del gobierno justo.

La familia, la religión y el gobierno tribal, fueron factores cuyos recíprocos efectos, culminaron en la creación de un gran imperio.

La organización económico-social de los persas, consistía en un haz de elementos primitivos y urbanos. La base de la pirámide social eran los nómadas y los aldeanos-campesinos, quienes gozaban de derechos más o menos independientes en relación con su actividad de agricultores y pastores. En las relaciones familiares prevalecía el principio patriarcal.

En las fincas de los nobles, los que labraban la tierra eran esclavos e inquilinos que le pagaban al señor una porción fija de la cosecha. Las principales fuentes de riqueza eran la tierra, los esclavos, el ganado vacuno y los caballos.

El clero hereditario, era quien gozaba del poder político, porque sus miembros que se llamaban magos, se mantenían de los donativos de alimentos, vestidos, etc., que les eran proporcionados por los nobles y los campesinos. Estos magos, que tenían una acentuada aspiración a la riqueza y al poder, además de ser los directores morales de la familia, a la que proporcionaban consejos por intermedio del padre de familia.

El gobierno estaba organizado sobre la base tribal. La justicia se administraba según las normas del clan.

En la sociedad Medo-Persa, la familia no ejerció una influencia tan no

table como en Roma; pero si a la familia se la consideraba como una unidad compuesta de varios miembros, que eran útiles a la sociedad en general.

Roma. Casi todos los pueblos han compartido su existencia con una serie de cultos y creencias que necesariamente han influido en todos los aspectos de su desarrollo; Grecia y Roma no fueron precisamente la excepción, de ahí su grandeza y la enorme herencia cultural que legaron. De esta serie de creencias podemos inferir su unidad, porque si Roma tenía tantos dioses como hogares y siendo la religión el lazo más fuerte que une las voluntades, la conclusión se impone necesariamente, esto es, Roma fue una unidad perfecta en lo político y en lo social.

La religión familiar era más importante en Roma que en cualquier otra parte, pues el jefe de familia que era el que oficiaba, lo primero que hacía por la mañana era encender el fuego sagrado.

El hombre después de su muerte era considerado un ser dichoso, mientras no le faltara el alimento a su tumba; porque si le faltaba, se convertía en un malhechor, de ahí que su felicidad no se fundara en los actos de su vida, sino que se fundaba en la conducta que los descendientes observasen con él.

De lo anterior, podemos derivar la tenacidad del romano respecto a la perpetuación de la especie, por lo que se refiere al descendiente varón; ya que el nacimiento de una hija, no llenaba los fines del matrimonio, por que ésta al casarse no podía continuar el culto del hogar; por haber pasado a la religión de su esposo.

El régimen patriarcal fue el eje y fundamento de la familia romana, el Pater-Familias era jefe supremo del hogar y del culto propio, es el sacerdote de los dioses domésticos o sea la Sacra-Privata.

La familia comprende al Pater-Familia, a la mujer que esta In Manu y a los descendientes; éstos pueden aumentar por la adopción. Esta familia es desde los orígenes de Roma; que también tenía como característica que su fin no tenía nada que no fuera la unión para ayudarse y perpetuar su culto familiar con la llegada del hijo.

Grecia. Los poemas Homéricos, nos brindan la primera descripción documental del orden social griego, cuya célula era la Polis.

Las clases sociales eran: Aristocracia guerrera, aristocracia real y la plebe aldeano-campesina.

Vinculados al grupo de los dirigentes, había sacerdotes y vates que celebraban ritos, decían profecías, practicaban la magia, consultaban agüeros, etc.

Los griegos creían en la existencia de un poder divino que recorre todas las cosas. El hombre posee un alma que se identifica con el aliento y vive después de la muerte, en un mundo subterráneo y tenebroso. El mismo perduró como creencia en la índole sagrada de ciertos animales. Los dioses eran como en los demás pueblos indoeuropeos, personificaciones de fuerzas naturales.

En los griegos, la familia era monogámica y patriarcal, y el comporta--

miento de sus miembros, estaba fundamentalmente influenciado por la religión. El resultado primero del matrimonio, era someter a la mujer a la autoridad del marido; pero esta autoridad era diferente a la de la familia romana, donde el poder era enérgico; por el contrario en la familia griega el poder se ejercitaba mediante una actividad tendiente al convencimiento.

Todos los actos de la mujer, estaban pues, dirigidos por el marido, quien veía en su mujer, a la organizadora de la armonía doméstica. En general, la familia era, en esa época, el centro de gravedad de la sociedad. Los derechos del padre de familia, tenían límites y jamás llegaban a los derechos de vida o muerte sobre sus hijos y menos aún sobre su mujer; en caso de algún castigo cruel los padres de la esposa, podían intervenir. La casa era el centro de la economía doméstica, que se basaba en dos principios, primero, la casa debía ser una unidad económica, es decir, que lo que se consumiera debía ser producto de sí misma, segundo, que el trabajo debía dividirse entre la mujer y el marido. A la mujer le correspondía elaborar las materias provenientes de afuera, es decir, lo que el marido aportase de sus actividades, las cuáles eran: crianza del ganado, la agricultura, la apicultura y la caza.

Todas estas características le daban a la familia griega una consistencia duradera.

Edad Media. El renacimiento y sus grandes personajes, nos dan una idea de lo que fue la Edad Media; época de monopolio cultural, de juicios secretos y tenebrosos; época en donde una palabra mal aplicada, significaba vida o muerte.

El derecho era la orden del señor feudal, la sociedad, los individuos-comprendidos dentro de los límites de sus dominios, la familia aunque unida por el instinto amoroso, dependía del amo y señor. La familia se convirtió en el feudo en donde la autoridad del señor y sus vasallos, vivían los siervos y los trabajadores consagrados a la gleba que cultivaban.

La familia en esta época, es una pequeña sociedad vecina de otras sociedades semejantes, constituidas por el mismo tenor. Obligada a bastarse así misma, conforme fueren sus necesidades, se crean por el señor feudal, los órganos que le son indispensables para la defensa a mano armada y el trabajo agrícola y mecánico.

La familia en la Edad Media, es monogámica, existiendo entre sus miembros gran solidaridad y respetos mutuos.

En la Edad Media, es importante hacer notar la influencia que en la sociedad y familia, tuvieron los libros de San Agustín, en donde deja ver y transmite a la sociedad, lo que es el amor impuro y sus consecuencias.

Los primeros años de la Edad Media fueron de disociación, hasta el siglo V y VI. Los bárbaros fueron esparciéndose por todo el imperio Romano, lo que produjo un desconcierto en la sociedad y la familia. La cultura fue milagrosamente salvada, gracias a que aparecieron hombres como San Isidro, que en su obra Etimologías, condensa todo el saber de su época; así como Alcuino en Inglaterra, surgieron varios estudiosos que hicieron surgir escuelas, que unidas al fin, formaron la Escolástica, que influyó en forma directa en la familia medieval.

Edad Moderna. Si comparamos la constitución de la familia de la Edad Moderna con la que existía en Roma, veremos que existen grandes diferencias y grandes similitudes y no muchos cambios, pues casi todo nuestro derecho esta fundado o es el derecho romano.

La familia moderna se caracteriza por ser monogámica, cuya autoridad - aunque en forma relativa pertenece al padre, quien al mismo tiempo funge - como sostén económico de la familia.

Otro hecho social de la familia moderna es el que consiste en que la - religión que profesan los padres, la convierten en religión hereditaria, - pues casi siempre los hijos la adoptan y la siguen profesando.

La familia moderna, ya juega en la vida social un importante papel, - pues es considerada como termómetro de la sociedad; aparte de que tiene - cuerpos de leyes que ampliamente la reglamentan y protegen contra los de - más factores sociales.

La seguridad social forma en la actualidad, un importante renglón en - la plataforma política de los partidos; y es que la estabilidad económica de la familia debe ser considerada como fundamental, para la coexistencia - pacífica de cualquier pueblo.

Los pueblos hambrientos constituyen un peligro no solamente para si - mismos, sino para el mundo; los conceptos modernos de países subdesarro - llados y los movimientos armados, nos dan una idea de lo importante que es legislar y proteger más a la familia, porque ella, es la semilla que hace -

del niño, el hombre útil.

Contemporánea. La legislación moderna, así como el Estado, consideran a la familia como un organismo fundamental, base y motor de los modernos - sistemas políticos.

La familia monogámica se consagra plenamente en el derecho, amén de un sin número de instituciones que la regulan en todos los aspectos. Para la formación de la familia contemporánea hay que atender a múltiples facetas o períodos que le preceden. Lo primero que hay que observar es la forma - en que los futuros padres de familia han de conocerse, situación que puede suceder en mil formas diferentes, constituyendo las mismas, situaciones so - ciales. A este período le sigue el pre-nupcial, cuya intimidad puede ser - fundamental para calificar más o menos la estabilidad social de la futura - familia; posteriormente se forma la familia, misma que genera derechos y - obligaciones entre marido y mujer, las cuales están reguladas por la ley.

Como se ve, la familia contemporánea, encierra en su desarrollo todo - un mundo de relaciones sociales, cuyas características veremos con más de - talle en capítulo especial.

Actualidad. Uno de los mayores problemas sociales por los que atra - viesa la familia actual, es la lucha que se libra en su interior para la - conservación de su unidad.

Dos fuerzas sociales libran hoy día la lucha, una tiene como base toda la historia de la familia, desde la horda hasta nuestros días, y nos refe-

rimos al respeto que deben tenerse padres e hijos, así como los lazos que los unen, ya sean sanguíneos o por simpatía; la otra es esa fuerza social poderosa de la sociedad moderna, quien con su desquiciamiento moral, trata de aniquilar no a la familia considerada como unidad, sino a los jóvenes - (sus miembros) valiéndose de todos los medios posibles.

Ya sabemos que la sociedad actual no es un ser que se presente a la lucha como un gladiador, sino que es un complejo de relaciones positivas o -negativas que influyen directamente en la familia. Por ello, es necesario el estudio de sistemas que libren a la familia del desquiciamiento moral - en que se encuentra.

B) ELEMENTOS.

Tradicionalmente sabemos que los elementos fundamentales de la familia son los padres y los hijos y que es dentro del seno del hogar donde se desarrollan cada uno de sus integrantes, para ir al exterior para resolver los problemas que la vida cotidiana les representa.

Ahora bien, la familia es el molde principal de configuración concreta de la personalidad del hijo. No es posible, en el breve espacio que aquí puede dedicarse a este tema, ni siquiera hacer una especie de sumario de todos los aspectos y de todos los modos en los que la familia va contribuyendo, con influencias a veces decisivas a la formación de la personalidad de los hijos. Nos limitaremos a esbozar tan sólo algunos de esos aspectos, por vía de ilustración.

Notése que la primera transmisión social de la herencia cultural se efectúa en los primeros años a través de la familia, a través de los padres, y eventualmente de los hermanos mayores. Al correr de los años, la familia deja de ser la fuente exclusiva de esa transmisión, pues con ellas empiezan a concurrir otros grupos, como, por ejemplo, el grupo de juego, la escuela, los amigos, el vecindario, etc.

Por mimetismo biológico, el infante asimila posturas, gestos, movimientos y sonidos de sus padres. Va adquiriendo poco a poco, el vocabulario de sus padres. Si los padres tienen un vocabulario rico, las dotes intelectuales del niño se desarrollarán mejor y más aprisa, que si el vocabulario de sus padres es limitado e imperfecto.

Uno de los factores más importantes en el desenvolvimiento de la personalidad del niño, factor cuya influencia probablemente habrá de perdurar a lo largo de toda su vida, es el monto y la calidad de la respuesta emotiva y de la atención que suscite en sus padres. El ambiente de afecto de que el niño se halle rodeado desde su primera edad, y las atenciones que le prodiguen, constituyen formidables estímulos biológicos para su salud, y factores de enorme importancia en la configuración de su personalidad de por vida.

Los padres van contribuyendo a modelar la personalidad del hijo mediante estímulos y restricciones. El infante manifiesta de un modo espontáneo sus impulsos. Los padres estimulan el desarrollo de algunos de esos impulsos, les proveen con nuevas ocasiones de desenvolvimiento. Frente a otros impulsos, les proveen con nuevas ocasiones de desenvolvimiento. Frente a otros impulsos, cuya manifestación o desarrollo es reputado peligroso o indebido por los padres, éstos los restringen, los cohiben o los reprimen. Del acierto o del error con que procedan los padres se seguirá, como efecto, que la personalidad del niño se desenvuelva con éxito y llegue a actualizar felizmente muchas de sus posibilidades, o que se forme en el niño un sentido de frustración, que venga a mutilar, a cercenar o a deformar su personalidad futura. A veces, aunque no siempre, un complejo de frustración da origen a actitudes agresivas, en cuyo fondo laten subconscientemente sentimientos de amargura, rencor, resentimiento. Si el error de los padres consiste no en exceso de restricciones y de represiones, sino en lo contrario, en exceso de complacencia y de estímulos, entonces puede producirse el caso del niño mimado, del niño echado a perder, en cuya personalidad se va formando subconscientemente la idea de que el mundo entero está-

y debe estar a su servicio.

Si al niño se le priva de toda espontaneidad, se le cohibe en todos sus impulsos, si se trata de dictarle todas, absolutamente todas las formas de comportamiento, si se le educa en una obediencia rígida y automática, con ello se está amputando desastrosamente su personalidad, moldeándolo un alma de esclavo, un espíritu gregario que cercena muchas de las posibilidades de su inteligencia y carácter, o, lo que también ocurre en otros casos, se le está incubando para el mañana una personalidad de anarquía, de rebeldía, incapaz de toda adaptación al medio social.

Si, por el contrario, se deja vía libre a todas las tendencias que manifieste el infante, se falla en darle la formación humana de la cultura, y se le deja en situación más próxima a la animalidad.

Como nuestro objeto no es hacer un tratado de pedagogía, sino queremos tener un enfoque sociológico, no se puede entrar aquí en el análisis ni en el desenvolvimiento de estos temas, que han sido apuntados en estas páginas solamente para ofrecer algunos ejemplos de cómo el ambiente y la conducta familiar contribuyen decisivamente a la configuración de la personalidad de los hijos.

Añadiendo a los ya bosquejados otros ejemplos, hay que recordar que los estudios sociológicos y psicológicos especializados sobre estos hechos, han puesto de manifiesto que otro de los factores de gran importancia en la configuración de la personalidad es la situación de armonía o de desarmonía que se dé entre el padre y la madre. Mientras que un ambiente de

cordial entendimiento y de armonía entre los esposos, contribuye poderosamente a dar al niño o al adolescente un sentimiento de seguridad, los hogares deshechos que sólo conservan la apariencia externa de tales, pero que en realidad quebraron, suscitan profundos desequilibrios en la personalidad de los hijos.

Lo que un individuo cree que los demás piensan de él es un factor muy importante en el desenvolvimiento de la personalidad. Por eso, a veces la conducta del niño puede convertirse hasta cierto punto en un reflujó de la idea que él imagina que los otros tienen de él. Si sus padres le dicen que él es un niño malo, probablemente será un niño que se porte mal.

Los primeros hábitos en muchas conductas se adquieren dentro de la familia en la infancia y en la adolescencia. Y esos hábitos llegan a formar, como ya se expuso, una especie de segunda naturaleza.

En la educación en todos los aspectos, especialmente en la educación moral, mayor importancia que lo que sus padres predicán al niño, tiene el ejemplo que le dan con su conducta real.

Claro que la familia, aunque constituye un microcosmos social, en realidad es una unidad integrada en otros grupos más amplios, tales como la clase social, la comunidad local, la nación, el círculo cultural y además en interferencia con otras instituciones, por ejemplo, la escuela, la confesión religiosa, el partido político, etc.

En general, la familia suele reflejar el ambiente social de aquellos -

grupos más amplios: vecindario, pueblo, ciudad, nación.

En cuanto a los otros grupos que están en interferencia con la familia, como por ejemplo, la escuela, pueden hallarse en armonía con el ambiente educativo familiar, o pueden hallarse en desacuerdo; desacuerdo que puede ser de diferentes tipos. En este último caso, cabe que surjan problemas de diversa índole. Si el ambiente de la escuela es superior al de la familia, pero no incompatible con las orientaciones fundamentales de ésta, la escuela ofrecerá un mejoramiento a la educación suministrada en el hogar, superará las deficiencias de éste. Si, por el contrario, el desacuerdo implica oposición o conflicto, entonces se pueden producir distensiones en la personalidad del niño.

C) FUNCIONES.

Desde los inicios de la humanidad hasta nuestros días, la familia ha cumplido un importante papel en el desarrollo, no sólo de los miembros que la integran, sino de la comunidad misma. Las funciones propias de la familia, aunque no exclusivas de la familia, pues pueden cumplirse y de hecho se cumplen por otras formas e instituciones sociales, son las siguientes, enunciadas de manera enumerativa y no limitativa, las cuales explicamos a continuación:

1) Regulación de las relaciones sexuales.

Todas las culturas establecen al matrimonio como fundamento de la familia, desde siempre los individuos, solteros o casados tienen relaciones sexuales al margen del matrimonio. Ello no quita a la familia su carácter de reguladora por excelencia de estas relaciones. En todo núcleo familiar hay una pareja cuyas relaciones sexuales son lícitas. Sin embargo, hay familias en las cuales no existen relaciones sexuales entre algunos de sus miembros, toda vez que en ellos predominan los lazos sanguíneos del parentesco y los lazos derivados del mismo.

2) La reproducción.

Consecuencia de la relación sexual en la familia es la procreación que es en buena parte sinónimo de familia. Ocasionalmente, se da reproducción sin que la misma cree lazos familiares, por ejemplo, el caso de la madre soltera quien abandona al recién nacido, pero si ello no ocurre, la relación madre-hijo crea la familia; la reproducción más que una función de la familia, se convierte en fun

te de la misma.

3) Función económica.

Esta función de la familia presenta un doble aspecto: como unidad protectora de bienes y servicios y como unidad de consumo. Algunos miembros de la familia pueden trabajar en la empresa familiar y fuera de ella, pudiendo contribuir al aporte económico de los bienes y servicios que la familia requiere, en cuanto a los servicios, cuando menos algunos de ellos son efectuados por algún miembro de la familia, por ejemplo, cuidar a los niños, la función de consumo puede presentarse en el hogar o fuera de él, por ejemplo, comer.

La familia concebida como unidad económica desde el punto de vista protectora y consumidora, se dió mucho más en el pasado que en el presente. Actualmente se realiza con más frecuencia en el medio rural que en el urbano. Es muy común que la economía de ingresos colectivos familiares se va pasando a la economía individual de sus miembros, pues todos ya son adultos. Del patrimonio familiar se pasa al individual disgregado entre los cónyuges, no obstante aún en estos últimos casos quedan residuos de una primitiva unidad económica familiar, el disfrute común por los miembros de la familia, de todo aquello que está a disposición del grupo.

4) Función educativa y socializadora.

Esta es una de las funciones más importantes de la familia, en relación a los miembros que surgen y crecen dentro de ella: los ni-

ños y los adolescentes, toda vez que es en la familia donde se moldea su carácter, donde su sensibilidad se afina y adquiere las normas éticas básicas. La responsabilidad de los padres y los demás miembros adultos de la familia con respecto a los seres en formación es enorme, pues su conducta representa el modelo a seguir por los mencionados en último término.

Otras instituciones sociales pueden cumplir también la labor educativa y socializadora de los menores: las guarderías y las escuelas en general, pero donde se adquieren las bases es en la familia.

5) Función afectiva.

Todas las necesidades materiales son imperiosas en cuanto a su satisfacción, pues sin ellas no se sobrevive, pero con la misma intensidad que el alimento corporal, el humano requiere afecto. La liga afectiva es necesaria para el equilibrio físico, emocional y mental para la salud integral de todo ser. Los padres principian por quererse entre ellos y posteriormente aman a sus hijos, esta función es vital para el desarrollo armónico de la familia en general, en virtud de que dentro de una familia equilibrada proporciona seres útiles a la sociedad y por el contrario una familia mal integrada crea sujetos más proclives al delito que al trabajo, como está ocurriendo en la actualidad en el mundo.

CAPITULO II

MATRIMONIO

A) ANTECEDENTES.

Una historia del matrimonio no debería comenzar con el antiguo derecho romano, desde luego. En el Código de Hamurabi de ca. 1800 A.C., pero basado en un derecho sumario mucho más antiguo, encontramos varios detalles sobre la organización del matrimonio en Mesopotamia. En realidad, uno debería hablar del derecho egipcio, de la legislación mosaica (ca. 1200 A.C.), de los diversos derechos griegos. Sin embargo, nosotros comenzaremos por la fase arcaica del derecho romano, por ser éste el antecedente de nuestro sistema actual. Veremos los cambios del matrimonio cuando la época clásica sucede a la arcaica; luego hablaremos del derecho vulgar romano y del impacto del cristianismo, para finalmente describir la reglamentación del matrimonio en el derecho romano-bizantino, el Corpus Iuris, mediante cuya obra el derecho antiguo fue transmitido hacia la edad media occidental. Desde esta época la tradición clásico-bizantina al respecto, se mezcló con el derecho canónico. De esta confluencia nació el matrimonio cristiano occidental, que actualmente está transformándose en el matrimonio occidental de la "era pos cristiana", organizada con los siguientes factores:

- a) La tradición.
- b) Consideraciones de interés social.
- d) Consideraciones que nacieron de la psicología moderna.

El Derecho Romano Arcaico. El matrimonio romano arcaico carecía de -

formalidades: lo que sí era un acto jurídico formal era el establecimiento de la "manus" que podía acompañar al matrimonio.

A primera vista sorprende notar que el matrimonio romano se celebrara de una manera informal, dado que el derecho romano, desde sus épocas más antiguas, se caracterizaba por una marcada tendencia hacia el formalismo en materia jurídica; sí sabemos que hubo fiestas sociales, familiares e inclusive religiosas, pero también sabemos que no eran indispensables para que un matrimonio fuera reconocido como tal; también nos es conocido que la celebración del matrimonio no fue acompañada nunca de ningún contrato y mucho menos de la intervención de ninguna autoridad pública. El Dr. Margadant nos explica esta situación en una forma por demás muy clara:

"La falta del formalismo en el matrimonio romano pierde su carácter misterioso cuando se penetra en la esencia del concepto original del "Jus".

"Los romanos preclásicos ya separaban con precisión el mundo del derecho y el de los demás aspectos de la vida. El campo jurídico de los romanos preclásicos estaba caracterizado por unas pocas formas, claras y plásticas, que permitían realizar unos pocos negocios jurídicos y obtener justicia en algunos casos contados. Se pueden citar como ejemplos: la stipulatio, el nexum, la inscripción en el Codex de algún pater-familias. Como se puede ver, el campo jurídico era bastante limitado y marcado por ciertos signos y solemnidades tan evidentes, que todo ciudadano sabía cuando se movía en el plano peligroso del "Jus".

"La mancipatio, la abrogatio, la conventio in manum, etc., son formas-

de establecer el poder de algún pater-familias sobre algún bien o sobre -- alguna persona que hasta la realización del acto jurídico en cuestión, se encontraba todavía fuera de su soberanía.

"La stipulatio, el nexum y el contrato litteris son sólo actos preparatorios para cambios físicos en la distribución de bienes y naturalmente - personas, manus iniectio entre las diversas soberanías domésticas.

"La distribución del poder se encuentra en el centro del Jus, y una serie de figuras que para nosotros son jurídicas, pero que no tienen nada - que ver con la repartición de los poderes domésticos de las soberanías familiares, sobre las personas, caen fuera del Jus.

"Es por esto que sólo el pater familias tiene capacidad jurídica en la antigua Roma. A él sólo puede afectar el Jus. Lo que pasa dentro de la familia, no modifica la repartición del poder dentro de la misma, y por lo tanto, no corresponde al Jus.

"Una vez expuesto lo anterior, entenderemos de inmediato porqué el matrimonio no era un acto jurídico y solemne: no afectaba al Jus. El pater familias de la mujer conservaba el poder sobre ella, el marido no adquiría ningún poder nuevo al casarse.

"Un pater-familias, si así lo quería, podía destruir un matrimonio feliz, reclamando a su hija, pues seguía bajo su control, no obstante se hubiera casado. Podemos decir que, la conventio in manum era una naturalización; es que la familia antigua es como una entidad política y la ciudad-

es sólo una confederación de familias soberanas, monarquías domésticas en las que encontramos siempre un autócrata: el pater-familias.

Ahora bien, los sujetos pueden cambiar su nacionalidad doméstica mediante adrogatio (adopción de un nombre sui juris) adoptio (idem de alieni juris) o por conventio in manum, una forma reservada para las mujeres, - sean sui juris o alieni juris". (13)

Esta conventio in manum podía establecerse por tres modos; también explicados por el Dr. Margadant:

- a) Coemptio.
- b) Confarreatio.
- c) Usus.

"La coemptio era un acto jurídico celebrado con la intervención de los pater-familias de la mujer y del hombre; los autores, desde Gayo hasta - nuestra época, la consideran como una compra-venta ("emere" significa comprar). En este punto tenemos que movernos con mucho cuidado para no confundir la coemptio con la mancipatio, que pondría a la mujer en una situación incompatible con su digna condición de mater-familias.

"El texto de la Instituta de Gayo, libro primero, párrafo 123, demuestra claramente que en realidad no se trataba de la compra de una persona, sino de un cambio de la "nacionalidad doméstica" de una persona libre.

(13) Margadant S. Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge. México. 1982. 11a. Edición. pág. 199.

"La confarreatio se presenta como un rito religioso, mediante la cual se celebraba el matrimonio y se establecía la manus.

"Kaser ha demostrado que en un principio se trataba de un acto extrajurídico y que la mujer no cambiaba su nacionalidad doméstica, de ahí que el pater-familias no jugaba ningún papel en la ceremonia. Posteriormente, se incorporó la conventio in manum a esta ceremonia extrajurídica y se cree que la fórmula de la coemptio se introdujo en el rito de la confarreatio, formándose un solo acto jurídico.

"Por último, el usus no es una adquisición de la mujer por "usucapio", a pesar de que Gayo en el siglo II después de Cristo, así lo enseñaba. Es una renuncia a la nacionalidad doméstica de origen, realizada con el consentimiento del antiguo pater-familias de la mujer o de sus tutores, e implicando una entrada a la nacionalidad doméstica del marido.

"De estas tres formas, coemptio, confarreatio y usus, se establece la manus, pero no era un aspecto esencial del antiguo matrimonio, ya que hubo matrimonios "sine manu", e inclusive podía establecerse la manus con independencia de todo matrimonio (Gayo, instituta, l. 114).

"Cuando nos acercamos a la fase imperial, la manus cae en desuso.

"La consecuencia jurídica más importante del matrimonio antiguo, cum manu o sine manu, era la patria potestad sobre los hijos. Uno puede preguntarse si no va en contra del concepto del antiguo matrimonio, de figura no jurídica, que él produzca efectos jurídicos; pero qué situaciones de he -

cho, como un matrimonio sine manu, produzcan consecuencias de derecho (como la patria potestad), no es nada nuevo en el derecho.

En la procreación de los hijos y en la patria potestad sobre ellos, de bemos ver el fin primordial del matrimonio en la primitiva comunidad romana; el campesino necesita hijos. Sin embargo, la contemplación de los mo numentos funerales de la antigua Roma, con sus realistas retratos de parejas de campesinos, nos dan una impresión de que el antiguo hogar romano ha ya sido caracterizado por un alto grado de solidaridad entre los cónyuges, así como de camaradería. "Ubi tu Gayus, ibi ego Gayo". Diversas anécd - o - tas de la antigua República confirman esta opinión: la antigua esposa romana realmente valía un hombre, tomaba cartas en los asuntos políticos, en momentos de crisis y supo administrar la hacienda durante las larga ausen - cias del marido, necesarias por razones militares (la antigua Roma era una comunidad esencialmente guerrera)." (14)

(14) Margadant S. Guillermo Floris. op. cit. pág. 202.

B) REQUISITOS.

El maestro Sabino Ventura Silva menciona los requisitos para contraer matrimonio en Roma:

"Pubertad. La edad es necesaria porque se requiere que las facultades físicas del hombre estén desarrolladas para que se pueda realizar el principal objeto del matrimonio: la procreación de los hijos. En un principio, la pubertad se fijó a los 12 años para las hijas; en cuanto a los hijos, se les reconocía púberes en la edad en que el padre de familia encontraba en ellos, por el examen de su cuerpo, las señales de pubertad.

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

"Este sistema mixto parece que prevaleció hasta Justiniano, que sancionó la opinión de los proculeyanos.

"Consentimiento de los contrayentes. Estos deben casarse libremente. El demente no puede consentir mientras estén en ese estado de locura, pero puede casarse en un intervalo lúcido.

"Consentimiento del jefe de familia. Los sui iuris podían casarse libremente. En cambio, los hijos bajo autoridad necesitaban el consentimiento del jefe de familia. Este consentimiento se funda en la autoridad paterna y en los derechos de que está investido el jefe de familia, cuyas -

consecuencias son:

- a) El consentimiento es necesario, sea cual fuere la edad del descendiente.
- b) El de la madre no se exige, porque carecía de autoridad.
- c) Caso de un nieto. El nieto debía contar con el consentimiento de su padre, así como con el del pater-familias, porque los hijos que hubieran de nacer de su matrimonio se encontrarían algún día, bajo su potestad, y era una regla el que no podía tenerse un heredero - de sí mismo sin consentimiento. Otra cosa era para la nieta, cu - yos hijos caían bajo la potestad del pater-familias de su marido.

"Si el jefe de familia está loco, se halla cautivo o bien rehusa otorgar su consentimiento, el hijo en principio no podía casarse.

"Dispensa excepcional. La ley Julia de maritandis ordinibus, del año - 18 a. de C., permitió casarse al hijo con autorización del magistrado en - caso de negativa injustificada del pater-familias.

"En el Bajo Imperio se permite al hijo casarse aunque el jefe de fami - lia esté imposibilitado para otorgar el consentimiento.

"Connubium. Era la capacidad legal para contraer matrimonio (matrimonium iustum). Para disfrutar de este derecho se requiere que los contra - yentes sean personas libres. En el Derecho antiguo están privados del connubium: los esclavos, los latinos coloniales, peregrinos y las latinas - iunianas; aun cuando había concesiones especiales. En el Bajo Imperio, - debido a la extensión del Derecho de ciudadanía, los únicos que no tenían

ese derecho eran los esclavos y los bárbaros. (15)

Igualmente, Eugene Petit en relación con este punto explica los requisitos mencionados como condiciones de validez y habla acerca del consentimiento en general, como una condición importante.

Consentimiento de los esposos. Las personas que se casan deben consentir libremente. Es probable que durante mucho tiempo la energía de la autoridad paterna permitiera al jefe de familia violentar a sus hijos al matrimonio; pero también es cierto que bajo el Imperio ya no les pertenecía este derecho, también él destaca que:

"El demente que razonalmente no puede consentir mientras estén en estado de locura, puede sin embargo, casarse en un intervalo lúcido.

"Consentimiento del jefe de familia. Los que se casen siendo sui juris no tienen necesidad del consentimiento de nadie. Los hijos bajo autoridad deben tener el consentimiento del jefe de familia.

"Esta condición no está fundada en el interés y la protección de los esposos, sino tan sólo en la autoridad paterna y los derechos de jefe de que está investido, cuyas consecuencias son las siguientes: a) Este consentimiento es necesario, sea cual fuere la edad del descendiente; b) El de la madre nunca se exige, por no tener autoridad; c) El jefe de familia debe consentir, aunque sólo sea abuelo del descendiente que vaya a ca-

(15) Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Editorial Porrúa. México. - 1988. 9a. Edición. pág. 100.

sarse, y en igual caso, el consentimiento del padre también se exige para sus nietos, puesto que, a la muerte del abuelo, los hijos nacidos del matrimonio caen bajo la autoridad del padre, siendo un resultado al cual tienen que haber consentido. En cambio, para las hijas es de otra manera, éstas entran en la familia civil de su marido, no exigiéndoles el consentimiento del padre; es suficiente el del abuelo, que tiene la autoridad.

"Estando loco el jefe de familia, cautivo o bien rehusa su consentimiento sin legítimo motivo, el hijo en un principio no podía casarse, aunque sin embargo, más tarde hubo algunas moderaciones sobre esta regla, admitiendo con bastante frecuencia el matrimonio de la hija, y acabando por hacer válido también el del hijo.

Durante el bajo Imperio y hacia el fin del siglo IV de nuestra era, una importante decisión, y más conforme con las ideas modernas, tiende a organizar de una manera completa, es cierto, una especie de protección para el hijo que se casara antes de haber llegado a la edad de la madurez. Dos constituciones exigen para el matrimonio de la hija, o viuda menor de veinticinco años, aun sui juris, el consentimiento del padre o de la madre, o de sus parientes más próximos." (16)

En la actualidad los requisitos para contraer matrimonio, son los siguientes: El acto del matrimonio debe revestir una forma solemne prescrita por la Ley. Se han de cumplir también los requisitos necesarios para su validez. Nos ocuparemos en estudiar:

- a) Los elementos esenciales.

(16) Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional. Traducción. México. 1980. 9a. Edición. págs. 104 y 105.

b) Los requisitos de validez.

a) Los Elementos Esenciales del Matrimonio son:

1° La voluntad de los contrayentes.

2° El objeto.

3° Las solemnidades requeridas por la ley.

La voluntad se manifiesta a través de la declaración expresa de los contrayentes. Esta concurrencia de voluntades en el sentido de unirse en matrimonio, forma el consentimiento propiamente dicho. Se requiere además la declaración del Juez del Registro-Civil en el sentido de que los cónyuges quedan unidos en nombre de la sociedad y de la ley.

El Objeto del acto consiste en que la vida en común entre un solo hombre y una sola mujer, se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han convenido en crear por propia voluntad.

El objeto directo consiste precisamente, en la creación de esos derechos y obligaciones entre los consortes y en relación con los hijos.

El matrimonio es un acto solemne y por lo tanto, las declaraciones de voluntad de los contrayentes deben revestir la forma ritual que la ley establece en ausencia de la cual, el acto de celebración del matrimonio, es inexistente.

El artículo 146 del Código Civil dispone que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades

(solemnidades) que ella exige.

b) Los Requisitos de Validez son:

- 1° La capacidad.
- 2° La ausencia de vicios de la voluntad.
- 3° La licitud en el objeto.
- 4° Las formalidades.

La capacidad de goce alude a la aptitud para la cópula entre los contrayentes, que la ley fija en la edad requerida para contraer matrimonio (artículo 148 del Código Civil), a la salud física y mental de los contrayentes, y a la no existencia de hábitos viciosos como la toxicomanía o el alcoholismo (artículo 156 fracciones, I, VIII y IX del Código Civil).

En cuanto a la capacidad para celebrar el acto del matrimonio (capacidad de ejercicio), los menores de edad requieren el consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela (artículo 149 y 150 del Código Civil). Este consentimiento necesario (propriadamente es una autorización) puede ser suplido por la autoridad administrativa, cuando los ascendientes o tutores lo nieguen sin causa justa (artículo 151 del Código Civil).

Cuando faltan los padres o tutores, el Juez de lo Familiar de la residencia del menor, podrá prestar el consentimiento para que pueda celebrarse válidamente el acto (artículo 150, 151 y 152 del Código Civil).

La voluntad ha de estar exenta de vicios. El error vicia el consenti-

miento, si recae sobre la persona del contrayente, cuando entendiendo celebrarlo con persona determinada, se contrae con otra (artículo 235 fracción I del Código Civil).

La violencia que consiste en la fuerza o miedo graves, tiene especial importancia en el caso de raptó; porque la voluntad de la raptada no puede expresarse con libertad, hasta que se la restituya a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad (artículo 156 fracción VII del Código Civil).

La ilicitud del objeto tiene lugar en el matrimonio:

- a) Si existe parentesco por consanguinidad, por afinidad o por adopción entre los cónyuges.
- b) Si ha habido adulterio entre las personas que pretendan contraer matrimonio, siempre que este adulterio haya sido judicialmente comprobado.
- c) El atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que queda libre, y
- d) Finalmente, la bigamia (artículo 156 fracciones III, IV, V, VI y X del Código Civil).

Además de la solemnidad del acto a que nos hemos referido al tratar los elementos esenciales del matrimonio, es necesario que en su celebración, concurren otros elementos de forma que constituyen requisitos de validez y se refieren al contenido del acta de matrimonio; por lo que es necesario distinguir la solemnidad del acto, propiamente dicha, de las sim-

ples formalidades que debe contener al acta de matrimonio.

Son solemnidades que han de constar en el acta, las siguientes: - la expresión de voluntad de los consortes de unirse en matrimonio en presencia del juez del Registro Civil, la declaración del Juez del Registro Civil en el sentido de declarar a los contrayentes unidos en matrimonio, - la existencia del acta en el libro del Registro Civil, así como los nombres y firmas de los contrayentes y del Juez del Registro Civil (artículo 250 del Código Civil).

Son simples formalidades (requisitos de validez), las siguientes: la solicitud que previamente han de suscribir y presentar los contrayentes, - la mención del lugar y la fecha en el acta de matrimonio; así como la edad, ocupación y domicilio de los contrayentes; la constancia de que son mayores o menores de edad y en este segundo caso, de que se presta el consentimiento de los padres; la de que no existe impedimento para celebrar el matrimonio y la mención del régimen patrimonial de los consortes, así como los nombres, apellidos y ocupación de los testigos (artículos 102 y 103 del Código Civil).

C) IMPEDIMENTOS.

En este apartado hablaremos de aquellas situaciones que no permiten el enlace matrimonial.

El ya mencionado maestro Ventura Silva, explica lo siguiente en relación a los impedimentos para llevar a cabo el matrimonio:

"Los impedimentos u obstáculos que impiden celebrar el matrimonio, se suelen distinguir en absolutos y relativos; los primeros, que impiden la nupcia con toda persona, son los siguientes: la existencia de un matrimonio anterior no disuelto -el Derecho Romano no admite la poligamia ni la poliandria-, y en la época cristiana, el voto de la castidad y las órdenes mayores. Los relativos eran: el parentesco, la tutela, el desempeño de cargos públicos, el rapto, el adulterio, ciertos motivos de índole política y, en la época cristiana, la diferencia de religión. Como se ve, estos últimos sólo prohíben que se celebre el matrimonio con ciertas personas.

"A) Parentesco. En la línea directa, o sea entre parientes que descienden unos de otros, el matrimonio está prohibido hasta el infinito. Estas uniones han sido prohibidas en todas las legislaciones por violar la moral y el respeto debidos a los ascendientes; tanto, que aun después de la ruptura de alguna adopción, el adoptante no puede casarse con la que fue su hija adoptiva.

En la línea colateral, el matrimonio está prohibido únicamente entre hermanos o entre personas de las cuales alguna sea hermano o hermana de un ascendiente del otro, v.gr.: entre tío y sobrina, tía y sobrino. Sin em-

bargo, un SC., del año 49 de C., permitió que el emperador Claudio contrajera nupcias con su sobrina Agripina. Posteriormente se volvió a la prohibición apuntada.

"B) Afinidad. Se llama así el lazo que une a cada esposo con los parientes del otro cónyuge. Entre afines, está prohibido el matrimonio entre el padre y la viuda del hijo; entre el padrastro viudo o divorciado y la hijastra; entre suegro y nuera y suegra y yerno. Desde Constantino hubo prohibición entre cuñados, manteniendo Justiniano esta disposición.

"C) El Adulterio y el Rapto. El primero era ya regulado por la lex Julia. El segundo fue introducido en la época cristiana; se prohibió el matrimonio entre la adúltera y su cómplice, entre el raptor y la raptada.

"D) Razones de Orden Político. Cargo Público y Tutela. Desde el origen de Roma, el matrimonio estaba prohibido entre patricios y plebeyos, según disposición expresa de la Ley Decenviral, que fue derogada por la Ley Canuleia del año 445 a. de C.; también estuvo prohibido el matrimonio entre ingenuos y manumitidos. Bajo Augusto, las leyes prohibieron el matrimonio entre senadores y sus descendientes con libertas, así como entre senadores y mujeres de abyecta condición. Justiniano suprimió esta prohibición.

"Un funcionario de una provincia y su hijo, no podían casarse con una mujer domiciliada en la misma; ni el tutor ni su hijo, con su antigua pupila; ni el curador ni su hijo, con la menor de 25 años sobre la cual tiene la curatela. Ello porque los funcionarios abusan de su autoridad, con-

objeto de contraer un ventajoso matrimonio; en cuanto a los tutores y curadores, porque con esas uniones buscaban la forma de escapar a la rendición de cuentas de tutela y curatela.

En el Derecho clásico la mujer no podía contraer matrimonio antes de los diez meses de la disolución del anterior, por muerte del marido. En la época postclásica este período se extiende a un año, y se tuvo en cuenta, también, la disolución por divorcio. Tal norma tendió a evitar dudas acerca de la paternidad del concebido en el primer matrimonio. (17)

En la época actual, los impedimentos para contraer matrimonio son considerados como la falta de elementos esenciales o de los requisitos de validez del matrimonio, que impiden que el mismo pueda celebrarse válidamente. Se prohíbe a los jueces del Registro Civil la celebración de un matrimonio, en estas condiciones.

A estas prohibiciones, se les denomina, impedimentos para el matrimonio; y son de dos especies:

I. Impedimentos dirimentes. Si la violación de la prohibición produce la nulidad del matrimonio (o su inexistencia), y

II. Impedimentos impedientes. La trasgresión de la prohibición establecida, no invalida el matrimonio, sólo produce su ilicitud; pero da lugar a la aplicación de sanciones de otra índole (multas, destitución del cargo) aplicables al Juez del Registro Civil que autorizó un matrimonio vedado por la ley.

(17) Ventura Silva, Sabino. op. cit. págs. 101 y 102.

Los impedimentos dirimentes (que producen la nulidad absoluta del matrimonio) en opinión de Carbonnier, se fundan:

Primero, en razones de carácter sociológico.

- a) La prohibición de la poligamia (subsistencia de un primer matrimonio válido al momento de celebrar el segundo), y
- b) La prohibición del incesto (relación sexual entre parientes próximos), entre los contrayentes.

Segundo, con motivos de carácter biológico.

- a) La imposibilidad física para la cópula (impubertad, impotencia incurable para cópula).
- b) La preservación de la salud de los cónyuges y de los hijos (enfermedades incurables contagiosas o hereditarias, la toxicomanía o la dipsomanía y las enfermedades mentales en cualquiera de los contrayentes).

A estos impedimentos dirimentes deben agregarse: la falta de consentimiento (autorización) de quienes deben prestarlo, si los contrayentes son menores de edad; el adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando haya sido declarado judicialmente; el atentado contra la vida de uno de los casados, para contraer matrimonio con el que quede libre; el error sobre la identidad de la persona con quien se pretende contraer matrimonio y la violencia.

Los impedimentos impeditivos, tienen lugar:

- a) Cuando se ha contraído matrimonio estando pendiente la resolución de un impedimento susceptible de dispensa (como la falta de edad -

- de 16 años en el varón y de 14 en la mujer).
- b) Cuando no ha transcurrido el plazo de trescientos días después de disuelto el primer matrimonio por divorcio, nulidad o muerte del marido y la mujer contrae nuevas nupcias (plazo de viudez), y
 - c) Cuando el tutor o la tutriz contrae matrimonio con la pupila o el pupilo, si no están aprobadas las cuentas de la tutela.

Edad. Para la celebración del matrimonio, la ley exige que los contrayentes se encuentren en posibilidad intelectual y física para celebrarlo y para realizar los fines propios de la institución. Se requiere que quienes van a contraer matrimonio, hayan alcanzado un desarrollo orgánico para realizar la cópula carnal; es decir, que tengan edad núbil. Además, que se disfrute de suficiente discernimiento, para cumplir debidamente las finalidades de la institución.

El matrimonio ha de realizarse entre un varón y una mujer púbetes. La edad de la pubertad varía según condiciones de raza, clima, medio geográfico, etc. El Código Civil del Distrito Federal (artículo 148) exige para la celebración del matrimonio, la edad mínima de 16 años en el hombre y de 14 en la mujer.

De acuerdo con los datos de la experiencia, en nuestro medio social, se presume que la pubertad se alcanza respectivamente, en el hombre a los 16 años y en la mujer a los 14 años. La capacidad para contraer matrimonio, es distinta en otras legislaciones.

Sin embargo, la posibilidad física para realizar la cópula carnal, no-

autoriza a presumir la suficiente capacidad intelectual para discernir en forma plena las consecuencias del acto que se pretende celebrar. Es preciso que quienes ejercen la patria potestad sobre el menor que pretende contraer matrimonio, el tutor o en su defecto el Juez de lo Familiar, presten su asistencia al menor de edad, otorgando su consentimiento para la celebración del acto (artículo 149 y 150 del Código Civil).

Dispensa de edad. En ciertos casos, cuando existen causas graves y justificadas, el jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados pueden conceder dispensa de edad, para que se celebre el matrimonio entre menores que no han alcanzado la edad de 14 años, si se trata de la mujer o de 16 años si se trata del hombre (artículo 148 del Código Civil). El caso en que generalmente se otorga esta dispensa de edad, es la preñez de la mujer que pretende contraer matrimonio.

Consentimiento. El acuerdo de voluntades de los contrayentes (consentimiento) para celebrar entre sí el matrimonio, es un elemento esencial del acto. Es un elemento de existencia del matrimonio.

El consentimiento se ha de manifestar libremente, en forma expresa e incondicional por cada uno de los contrayentes. Debe declararse en primer lugar en la solicitud para contraer matrimonio (artículo 97 del Código Civil) y después en el momento mismo de la celebración (artículos 102- y 103 del Código Civil) y ha de manifestarse en presencia del juez del Registro Civil. En efecto, sucesivamente, cada uno de los contrayentes declara en forma solemne en el acto de la celebración que es su voluntad unirse en matrimonio.

El menor de edad, requiere para contraer matrimonio, del consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o de su tutor.

De acuerdo con los artículos 149, 150, 151 y 152 del Código Civil, el menor de edad requiere el consentimiento de sus padres o de las demás personas que a falta de éstos, ejerzan la patria potestad sobre él (abuelos - paternos o abuelos maternos) o bien su tutor.

El Juez de lo Familiar, podrá suplir el consentimiento de las personas antes mencionadas, a falta de quienes ejerzan la patria potestad o de su tutor.

Si los ascendientes o tutores negaren el consentimiento o revocaren el que hubieren concedido, el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados de esta autoridad podrán suplir o no el consentimiento, después de levantar una información sobre el particular.

Cuando, por falta de padres, abuelos o de tutor, el Juez de lo Familiar haya de prestar el consentimiento para el matrimonio de un menor y se niegue a ello, los interesados podrán ocurrir al Tribunal Superior respectivo, insistiendo en la petición.

El consentimiento que otorguen en su caso los ascendientes, el tutor o el Juez de lo Familiar, no puede ser revocado (artículos 153 y 155 del Código Civil), a menos que haya justa causa para ello. La existencia de la causa para revocar el consentimiento, requiere se probada debidamente.

Se dice que la voluntad debe ser declarada expresamente en el sentido-

de que ha de ser manifestada, en forma directa, indubitable, sin reticencias, que no dejen lugar a duda respecto a la decisión de contraer matrimonio. Se entiende que el consentimiento ha de ser prestado libremente, porque la manifestación que se tenga por medio de coacción, violencia física o moral (temor) invalida el matrimonio.

Que el consentimiento se otorgue en forma incondicional, quiere decir que ha de ser liso y llano y que al otorgarlo no se pueden estipular fines contrarios al matrimonio. La declaración de voluntad para la celebración del matrimonio implica que el declarante acepta todos los derechos y obligaciones, facultades y deberes implícitos en la institución. Toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, se tendrá por no puesta (artículo 147 y 182 del Código Civil).

Por otra parte, para la celebración de matrimonio es esencial, además de la voluntad de los contrayentes, la concurrencia de la voluntad estatal, que se declara a través del juez del Registro Civil, en el acto solemne de la celebración y que concurriendo con la declaración de voluntad de aquellos, otorga al acto su función vinculatoria. Esa voluntad estatal, se ha de expresar por medio de la declaración solemne, que pronuncia el juez del Registro Civil y que declara a los cónyuges unidos en matrimonio.

Puede observarse que el acto del matrimonio está constituido por la concurrencia de las siguientes voluntades:

La de cada uno de los cónyuges y por la declaración del juez del Registro Civil, que sanciona y declara en forma solemne la existencia del vínculo matrimonial.

Las voluntades de las personas que intervienen en el acto del matrimonio, no serían por sí mismas suficientes para tener al matrimonio por celebrado.

Los impedimentos dirimentes. Como se ha dicho, constituyen prohibiciones cuya violación invalida el matrimonio.

Son impedimentos dirimentes:

- a) La falta de capacidad física para contraer matrimonio (artículo - 156 fracción I del Código Civil).

Si cualquiera de los contrayentes no ha alcanzado la edad requerida - por la ley, y no se ha obtenido previamente la dispensa de edad, el matrimonio no puede celebrarse válidamente.

Sin embargo, esta causa de nulidad desaparece si los cónyuges alcanzan la mayoría de edad, sin haber intentado la acción de nulidad (artículo 237 del Código Civil).

- b) La falta del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad sobre los contrayentes, si éstos son menores de 18 años, del tutor o del juez en su caso (artículo 156 fracción II del Código Civil).

El ejercicio de la acción de nulidad derivada de esta causa de impedimento, se encuentra sujeto al siguiente régimen:

- 1º Sólo podrá hacerse valer, por las personas que deben prestar su autorización.
- 2º El plazo para el ejercicio de esta acción de nulidad, es breve, -

pues vence al concluir treinta días contados desde que se tenga conocimiento de la celebración del matrimonio (artículos 238 y 239, fracción I del Código Civil).

3° Cesa la causa de impedimento, si quienes ejercen la patria potestad ha expresado su consentimiento de una manera tácita, haciendo donación a los hijos, en consideración del matrimonio, recibiendo a los cónyuges en su casa, presentando a la prole como legítima al Registro Civil o por medio de cualquier otro acto conducente que revele de una manera clara, la aceptación del matrimonio. El juez o el tutor en su caso, podrán otorgar la ratificación o la autorización oficial, confirmando el matrimonio en cualquier momento, antes de que se presente la demanda de nulidad por cualquiera de los cónyuges o por el tutor.

Nótese que si hay personas que ejerzan la patria potestad, sólo a ellos compete la acción de nulidad, en tanto que si el consentimiento debió ser prestado por el tutor o suplido por el juez, la acción de nulidad puede ser ejercida por cualquiera de los cónyuges o por el tutor (artículos 238 a 249 del Código Civil).

- c) El parentesco por consanguinidad o por afinidad en línea recta, ascendente o descendente, sin limitación alguna, impide la celebración del matrimonio (artículo 156, fracción III del Código Civil).

En la línea colateral igual, el impedimento por consanguinidad se extiende a los hermanos y medios hermanos, en tanto que en la colateral desigual por consanguinidad, comprende a los tíos y sobrinos. El parentesco en la línea colateral desigual en el tercer grado (tíos y sobrinos) es dis-

pensable (artículo 156 fracción III y IV del Código Civil y penúltimo párrafo del mismo precepto legal).

Por razones de orden moral y secundariamente por motivos eugenésicos - (si se trata de parientes consanguíneos), el impedimento está constituido por el parentesco por afinidad en línea recta ascendente o descendente, - sin limitación.

d) El adulterio habido entre los que pretenden celebrar matrimonio, - siempre que haya sido declarado judicialmente. Obvias razones de orden moral y social, impiden que dos personas que han perpetrado entre sí el delito de adulterio, que constituye un atentado grave en contra de la solidez de la familia, puedan contraer matrimonio, para constituir de esta manera legalmente una familia. Se requiere sin embargo, que el delito de adulterio haya sido comprobado - fehacientemente y declarado en una sentencia judicial firme (artículo 156 fracción V del Código Civil).

e) Motivos de moralidad y de seguridad social, justifican la existencia de otro impedimento dirimente: el atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que queda libre (artículo 156 fracción VI del Código Civil).

No se requiere la consumación del delito de homicidio. Para que subsista el impedimento, es suficiente la realización de los actos previos a la consumación, encaminados directamente a causar la muerte de uno de los cónyuges; pero sí es necesario que se compruebe en el autor del delito, - el propósito de privar de la vida a uno de los cónyuges para que en esta -

forma, si queda después disuelto por otras causas el vínculo matrimonial, - el autor del atentado no se encuentra en aptitud de contraer matrimonio - con el otro cónyuge.

- f) El miedo y la violencia que vician **la** voluntad en todo acto jurídico, son causa de impedimento **dirimente**, para la celebración del matrimonio.

El consentimiento para contraer matrimonio se ha de prestar en forma - libre y espontánea por ambos contrayentes y la coacción física o moral que se ejerza sobre cualquiera de ellos para arrancar en esta forma la declaración de voluntad, produce la nulidad del matrimonio.

El rapto tratándose de matrimonio, es una manera de violencia material y moral que impide la libre manifestación de voluntad del contrayente. Este impedimento no cesa, mientras la raptada no sea restituida a lugar seguro donde pueda declarar libremente el sentido de su voluntad (artículo 156 fracción VII del Código Civil).

El temor ha de ser fundado y ha de ser además serio, atendiendo para ello a las circunstancias personales del sujeto que se dice víctima de miedo o violencia. El temor infundado que perturba a un espíritu pusilánime no puede calificarse de violencia, capaz de causar el impedimento.

El miedo, aparte de ser fundado y de causar razonablemente en la víctima un estado anímico de temor, ha de subsistir al tiempo de celebrar el matrimonio. Tiene que ser originado por la amenaza seria de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes de-

quien se dice víctima del temor. La violencia es impedimento dirimente,-- si se ejerce y se mantiene al tiempo de celebrarse el matrimonio, no sólo contra el cónyuge, sino contra las personas que le tienen bajo su patria - potestad o tutela.

Finalmente esta causa de nulidad sólo puede ser ejercida por el cónyuge agraviado, dentro de 60 días contados desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación (artículo 245 del Código Civil).

- g) Para preservar la salud mental y psíquica de la persona con quien se pretende contraer matrimonio y de la futura prole, están impedidas para celebrarlo, aquellas personas que padecen el vicio de embriaguez habitual o que hacen uso indebido y persistente de drogas enervantes.
- h) La ineptitud física para la cópula (impubertad e impotencia, artículo 156 fracciones VIII y IX del Código Civil).
- i) En la fracción X del artículo 156, se menciona otra causa de impedimento: el matrimonio anterior subsistente con persona distinta de aquella con la que pretende celebrarse.

La existencia de este impedimento, protege la organización de la familia monogámica y la esencia misma del matrimonio que sólo se concibe, se autoriza y se sanciona por la ley entre un solo hombre y una sola mujer. - La subsistencia de un matrimonio anterior con persona distinta, no sólo es un impedimento dirimente para la celebración del matrimonio, sino que constituye el delito de bigamia, cuya ejecución es punible, de acuerdo con las

leyes penales.

- k) Puesto que la adopción crea el parentesco civil entre el adoptante y el adoptado, semejante y sustitutivo del parentesco por consanguinidad, adoptante y adoptado no pueden celebrar entre sí matrimonio, mientras dure el lazo de la adopción (artículo 157 del Código Civil).

La relación paterno filial, aunque ficticia, pero que precisamente por esta razón facilita la vida familiar y en cierta manera íntima, entre adoptante y adoptado, impide que se desvirtúe la noble institución de la filiación adoptiva, para propiciar a través de ella, finalidades contrarias a la moral y a las buenas costumbres.

Los Impedimentos Impedientes. Se llaman impedientes, aquellas prohibiciones que para celebrar el matrimonio han sido establecidas por la ley y que no producen la nulidad del acto, sino simplemente su ilicitud.

El derecho reprueba aquellos matrimonios que se celebran a pesar de que se han establecido estas prohibiciones que no producen los mismos efectos que los impedimentos dirimentes.

Se llama ilícito al matrimonio así celebrado, porque es contrario al régimen normalmente deseable de la institución; pero para evitar las más graves consecuencias que derivarían de su invalidez, el derecho objetivo se limita a marcarlos con un sello de reprobación.

Podríamos decir que los impedimentos impedientes, son severas adverten

cias al juez del Registro Civil para que en presencia de ellos, se abstenga de celebrar el matrimonio y son grave admonición a los cónyuges, para indicar con ello y con esa marca de ilicitud, el interés del grupo social-en que atendiendo a ciertas circunstancias, no se celebre esa clase de matrimonios.

Son impedimentos impeditivos de acuerdo con el artículo 264 del Código Civil:

- a) El matrimonio que se celebre, si está pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa (fracción I).
- b) Si se efectúa el matrimonio, a pesar de que no se ha otorgado al tutor o al curador, la aprobación de las cuentas de la tutela (artículo 264 fracción II del Código Civil).

En efecto, el tutor, el curador y los descendientes de uno y otro, no pueden contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda (artículo 159 del Código Civil).

La presunción de que el tutor o el curador por sí o por medio de sus descendientes, usen la influencia y autoridad que tienen sobre su pupilo, para a través del matrimonio, eludir la grave responsabilidad que sobre ellos pesa por la administración de los bienes del pupilo, impide que el matrimonio se celebre entre aquél y éste.

Este impedimento puede ser dispensado; pero la autoridad administrativa no podrá conceder esa dispensa, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela (artículo 159 del Código Civil).

- c) La mujer que pretende contraer nuevas nupcias y cuyo matrimonio - ha sido disuelto por muerte del marido, por nulidad del matrimonio o por divorcio, no puede celebrar nuevo matrimonio dentro de los - trescientos días que sigan a la disolución del vínculo anterior, - excepto cuando dentro de ese término diere a luz un hijo.

En los casos de divorcio o de nulidad de matrimonio, el término empieza a correr desde que se interrumpió la cohabitación (artículo 158 del Código Civil).

Este término llamado "plazo de viudez", se ha establecido en razón de que puédase atribuir sin lugar a dudas la paternidad de los hijos concebidos por la mujer, a quien legalmente corresponde o sea al marido anterior.

- d) El cónyuge que ha dado causa de divorcio, tiene prohibido contraer nuevo matrimonio antes de dos años a partir del momento en que se decretó la disolución del vínculo (artículo 289 primer párrafo, - del Código Civil).
- e) Los cónyuges que se divorcian voluntariamente no pueden contraer - nuevo matrimonio, sino después de un año contado a partir de la fe - cha en que quedó disuelto el vínculo matrimonial anterior (artículo 289 segundo párrafo del Código Civil).

D) EFECTOS.

En cuanto a los efectos jurídicos que nacen del matrimonio, su estudio se puede dividir en tres aspectos:

- a) Entre los cónyuges.
- b) En relación con los hijos.
- c) Respecto a los bienes.

Los derechos y obligaciones que origina la relación matrimonial entre los esposos se puede clasificar también desde ángulos diversos, estableciendo a este respecto tres grupos de legislaciones vigentes.

1º Legislaciones que conservan aún el antiguo concepto de la autoridad marital.

2º Legislaciones que no comparten ese concepto y 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 ésta.

3º Legislaciones que colocan en idéntico plan, en el orden familiar, al marido y a la mujer, y los consideran con absoluta igualdad de derechos ante la ley.

1º Legislaciones que Conservan la Autoridad Marital.

Dentro de este primer grupo, encontramos los derechos: italiano, fran

cés, Portugués y el Español. En sus codificaciones, encontramos a la mujer casada, en un estado de relativa incapacidad, y esto se debe no por razón de su sexo sino por el hecho de haber contraído nupcias, no le es permitido, casi, dar un paso en la vida civil, a no ser que el esposo otorgue su consentimiento.

De acuerdo con estas legislaciones, no puede ni contratar, ni enajenar, ni gravar sus bienes, así como comparecer en juicio sin licencia de su marido, la mujer que se ha casado; siendo la patria potestad ejercida solamente por el padre, la madre no tiene este derecho sobre los hijos, pues mientras viva el esposo a él corresponderá. No se le permite a la mujer casada ejercer una profesión, industria o comercio.

"Si no es una muerte civil, en sentido de anulación del poder de la voluntad, por lo menos una situación semejante a la tutela". (18)

2º Legislaciones que Conceden a la Esposa Capacidad de Obrar, pero con Ciertas Limitaciones.

Legislaciones de tipo germánico son las que actualmente constituyen este segundo grupo, pero dentro del mismo haremos referencia a la legislación mexicana anterior a la vigente que tenía las características de esta agrupación en nuestro país.

"Las codificaciones Suiza y Alemana, son las que primordialmente le dan

(18) Fernández Clérigo, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Editorial Uthea. México. 1947. 1ª. Edición. pág. 72.

forma, en ellas ha desaparecido el poder marital, o sea la potestad del marido, sin embargo, dicho poder se ha substituido por una función directiva, o una gerencia familiar; atribuida al esposo.

"Conjunta o separadamente con el marido, la mujer tiene un derecho de representación, para las necesidades comunes del hogar, por lo que el marido y los bienes quedan obligados frente a terceros de buena fe, esto desde luego, siempre que la mujer no se haya excedido de sus razonables facultades en el hogar. El marido puede revocar estas facultades, mediante una declaración que deberá publicarse por la autoridad competente, para perjudicar a terceros, no obstante la mujer puede acudir ante el juez para que deje la revocación sin efecto.

"Por lo que respecta al ejercicio de una profesión e industria, el Código Suizo establece las siguientes restricciones: Cualquiera que sea el régimen matrimonial adoptado, la mujer tiene el derecho de ejercer una profesión, industria u oficio, sólo con el consentimiento expreso de su marido; pero como se presume el consentimiento tácito, podrá realizar esos actos - en tanto el marido no se oponga. La oposición del marido deberá hacerse - pública para perjudicar a terceros, y será suficiente suspender la actividad de la esposa, a menos que la mujer acuda al juez, para que deje sin - efecto el veto del marido, y el juez decida lo que estime más conveniente para beneficio de los cónyuges y de la familia.

"Por su parte la legislación alemana es tan explícita, siendo la doctrina análoga, estableciendo el artículo 1358 del Código alemán; que cuando la mujer está obligada respecto a terceros, a realizar la presentación que

debe efectuar personalmente el marido; si a su reclamación no hubiese -- existido autorización del Tribunal de Tutelas; puede denunciar esa relación jurídica sin necesidad de observar ningún plazo.

El asentamiento del marido o la denuncia no puede consignarse por medio de representante, y el derecho de denuncia queda excluido cuando el marido hubiese consentido la relación, o hubiese sido suplido dicho consentimiento por el Tribunal de Tutelas." (19)

Por lo que corresponde a la legislación mexicana antecesora a la vigente reformada, cabe hacer notar que en la legislación de 1859, separada-ya la competencia matrimonial y atribuida al Registro Civil, éste no tuvo más remedio que seguir los lineamientos establecidos por el Derecho Canónico, debido a que las instituciones religiosas ya habían formado una conciencia general en la forma de vivir del pueblo mexicano. En consecuencia la capacidad jurídica de la mujer aquí se encontraba restringida y la mayor parte de las facultades fueron absorbidas por el cónyuge varón.

3º Legislaciones que Colocan a los Cónyuges en Igualdad de Condiciones.

En cuanto a los derechos y deberes conyugales este grupo iguala a la mujer con el hombre, formando esta agrupación las legislaciones de Suecia, Noruega, Dinamarca, Inglaterra y Rusia en Europa, Panamá, Brasil y México al igual que muchos de los Estados de la Federación Norteamericana, en este continente.

(19) Fernández Clérigo, Luis. op. cit. pág. 64.

En dichas legislaciones, se concede a la mujer casada una capacidad - casi idéntica a la que corresponde a la mujer soltera o viuda, es decir, - plena capacidad de obrar y puede, en consecuencia, contratar, gravar y enajenar sus bienes, comparecer en juicio y ejercer la industria y el comercio sin consentimiento del marido.

No obstante cuando se trata del ejercicio de una profesión, oficio, comercio o industria se consigna, por regla general la limitación consistente en que por ese ejercicio, o sus consecuencias no se abandonen o se incumplan las obligaciones primordiales que a la mujer le corresponden en el interior del hogar respecto del marido y de los hijos y se faculta al esposo para oponerse, por causa grave y fundada a ese ejercicio.

Con esa oposición, o veto marital puede alzarse la mujer ante el juez de modo análogo al establecido en el Derecho Suizo. Así el Código Civil Mexicano para el Distrito Federal establece ese sistema en el artículo 169.

Todas las legislaciones comprendidas en este grupo al consignar los derechos y los deberes de los cónyuges en el interior del hogar, en su plan de igualdad en virtud del cual el parecer de uno no puede prevalecer sobre el del otro, tropiezan con la dificultad de no ser fácil la resolución de los conflictos que frecuentemente se plantean en el seno de la familia, - cuando los criterios del marido y la mujer son contradictorios y no logran conciliarse.

Por regla general se encomienda al juez, en una función conciliadora - y casi paternal la concordia de los pareceres y en caso de que no se logre,

se le autoriza para decidir lo más conveniente para el interés del matrimonio o de la familia, sin utilizar la forma de juicio, y en todo caso, empleando el procedimiento más breve y sumario marcado en las leyes procesales respectivas.

A. EL DERECHO CIVIL MEXICANO COMO LEGISLACION QUE COLOCA A LOS CONYUGES EN IGUALDAD DE CONDICIONES.

La legislación positiva mexicana al respecto, como ya hemos visto, que da incluida en el grupo de legislaciones que coloca a los cónyuges en igualdad de condiciones.

El Código Civil vigente, en su artículo 168 dispone lo siguiente: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a estos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente".

B. DERECHOS Y OBLIGACIONES RECIPROCAS ENTRE LOS CONYUGES.

Los derechos y deberes derivados de la relación matrimonial son recíprocos porque incumben a los dos esposos o sea que corresponden a ambos cónyuges; las obligaciones tienen fundamento ético pero son de carácter eminentemente jurídico; por lo tanto las normas que regulan dicha relación a pesar de que son jurídicas y de estar establecidas en un Código, tienen una sanción muy leve, que frecuentemente es sólo patrimonial, siempre indirecta y por lo tanto carente de eficacia.

De acuerdo con nuestra legislación positiva los efectos jurídicos de interés común a los cónyuges se clasifican en derechos que traen una obligación correlativa y son:

- 1° Derecho y Obligación a la Vida en común.
- 2° Derecho y Obligación de Reciproca Fidelidad.
- 3° Derecho y Obligación de Alimentos con la facultad de exigir asistencia y mutuo auxilio.

Cohabitación. El deber y el derecho a la cohabitación es por el que se obligan ambos cónyuges a vivir bajo el mismo techo, en el domicilio conyugal señalado por ellos.

El derecho y la obligación a la vida en común es indiscutiblemente el principal, pues sólo a través de él existe la posibilidad física de cumplir los fines del matrimonio.

El referido ordenamiento jurídico en su artículo 263, dispone que: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

"Los Tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

En este tipo de deberes conyugales se incluye también el derecho de cada uno a la relación sexual, constituyendo tal derecho, no sólo el cumplimiento de una función biológica, sino de una regulación jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, y "desde este punto de vista, dicha obligación se encuentra sancionada jurídicamente, dado que la negativa sistemática e injustificada de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio". (20)

Fidelidad. El derecho y la obligación de fidelidad se refiere a la conducta que debe guardar un cónyuge con relación al otro, implica fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio sí implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge.

Es evidente que el principal control en el deber de fidelidad debe basarse no en los preceptos jurídicos consagrados expresamente en un código, sino en las reglas que se derivan de las buenas costumbres imperantes en una sociedad, ya que si se tomara en cuenta el aspecto externo de este deber solamente, sancionaría exclusivamente aquellos actos que como el adulterio implican una violación manifiesta, independientemente de la intención misma del cónyuge y de la obligación moral y jurídica de mantener fidelidad. Puede decirse que el derecho también comprende el aspecto estrictamente espiritual del problema, ya que sanciona la violación del deber de

(20) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Editorial-Porrúa. México. 1983. 6a. Edición. pág. 438.

fidelidad que se traduce en aquellos casos que moralmente demuestran que un cónyuge no guarda al otro las consideraciones debidas conforme a las buenas costumbres.

En el matrimonio tal deber no depende de la voluntad de los esposos y ni siquiera del arbitrio del legislador, sino se funda exclusivamente en la naturaleza misma de la institución que exige seguridad, orden público y buenas costumbres, independientemente de los propósitos personales de cada cónyuge y de la mayor o menor fuerza con que el ordenamiento jurídico pueda imponer la observancia de esa obligación.

Este tipo de deber conyugal está consignado en todas las legislaciones, por ser inherente a la naturaleza misma del matrimonio; al igual que el deber de cohabitación tampoco es fácil su aseguramiento, por lo que en casi todas las legislaciones, las consecuencias del incumplimiento de esta obligación suelen ser las mismas, dan lugar a una acción de divorcio y puede ser constitutiva del delito de adulterio, siendo la acción en este caso reservada al cónyuge inocente.

Asistencia. Otro de los deberes que impone el matrimonio es el de socorro y ayuda mutua y se trata como los anteriores de verdaderos derechos-deberes que tienen por objeto realizar los fines superiores de la solidaridad familiar.

El llamado mutuo auxilio está constituido por un conjunto de cuidados, atenciones, consideraciones, cooperación social y económica de índole variada, que resulta prolijo detallarlos y suelen considerarse en un concepto -

global, que sólo la jurisprudencia puede precisar en casos concretos y de terminados y especialmente en los de divorcio fundado en la injuria, considerada en su más amplio sentido, o en el incumplimiento de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio.

Aspecto fundamental de estos deberes recíprocos de asistencia y auxilio entre los cónyuges, es el concerniente a los alimentos; que no se concretan exclusivamente al aspecto patrimonial, sino comprenden también la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y sobre todo el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges.

El artículo 164 del Código en comento determina que: "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación, y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades.

A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar".

Los cónyuges y los hijos en materia de alimento tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sosteni

miento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos".

Derechos y Deberes de los Padres.

Los efectos del matrimonio respecto a los hijos pueden apreciarse:

- A. Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.
- B. Para atribuirles la calidad de hijos legítimos.
- C. Para legitimar a los hijos naturales mediante el matrimonio subsecuente de sus padres.

Analizaremos por lo tanto los efectos del matrimonio en relación con la patria potestad, en relación con los hijos legítimos; y en relación con los hijos legitimados, sucesivamente.

I. Patria Potestad.

a) Antecedentes Históricos. La patria potestad en el derecho antiguo, significaba un poder a favor del padre que la ejercía y en casi todas las legislaciones primitivas revestía un carácter despótico que encerraba un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ella.

Así vemos que en la época romana el matrimonio produce efectos en cuanto a la patria potestad, siendo el *Justum Matrimonium* su fuente natural por excelencia, ya que normalmente se adquiere por la concepción del hijo dentro del matrimonio. Al momento de nacer estos hijos quedan bajo la patria potestad del padre y entran a formar parte de la familia civil de és-

te, o si el padre es, a su vez hijo de familia, quedan sometidos a la potestad de quien es el jefe de la familia, en cambio con la madre sólo existía un lazo natural de cognación.

Conforme al Derecho Civil Romano, la función más importante del matrimonio es sin duda la estabilización y perpetuidad de la familia por el bien de los hijos.

Los hijos nacidos del *Justae Nuptiae* son hijos legítimos "*liberi iusti*". (21)

Infinidad de testimonios nos informan del poder del jefe de familia para dar muerte a su hijo, aunque por supuesto, a través de las diferentes épocas del Imperio Romano se fueron modificando estos conceptos y ya en época de la República se hace uso de esta potestad con moderación.

A fines del siglo once de nuestra era, los poderes del jefe de familia se constriñeron a un simple derecho de corrección, en efecto, aunque podía castigar las faltas leves, tratándose de hechos que por su naturaleza implicaban la pena de muerte, no podía hacerlo por sí solo; ya que debía hacer una acusación ante un magistrado. Constantino decide, al fin, que todo aquel que hubiere mandado matar a su hijo sería castigado como parricida, con lo que priva al padre del derecho de dar muerte a su hijo.

De la misma manera los Emperadores fueron dando a la madre poco a poco

(21) Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Porrúa. Traducción. México. 1988. 4a. Edición. pág. 108.

mayor ingerencia a la patria potestad, ya que se encontraba en una situación análoga a la de una hija, e incluso sobre ella se tenía la facultad de vida o muerte; y es hasta el advenimiento de la Ley Juliana cuando se deroga dicha facultad.

Así se va logrando la evolución en el camino del Derecho Familiar Romano.

En los antecedentes históricos de nuestra legislación, cabe hacer notar que el Derecho Azteca aporta normas de las que emanan equidad y buen sentido.

Dentro de este pueblo existieron leyes que otorgaban facultades y prohibiciones a los cónyuges; por regla general eran de tipo monogámico y sólo los grandes señores podían tener varias mujeres, por tal motivo la poligamia se encontraba muy difundida en el círculo aristócrata.

A la primera mujer se le denominaba como principal, era la que procreaba hijos legítimos y por lo tanto con derecho a heredar.

"La base de la familia es el matrimonio y será patriarcal, es decir, - el padre ejerce dentro de ella la autoridad máxima". (22)

Aquí la institución de la patria potestad, era al igual que en Roma, - exclusiva del padre y ya sea primario o secundario el matrimonio era el -

(22) Alba, Carlos H. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano. Editorial Panorama. México. 1949. 1a. Edic. pág. 375.

origen del poder paternal, no obstante los efectos del mismo, para ejercer dicha autoridad era en la misma proporción para el padre y la madre respecto a la educación del descendiente.

"Los padres no tendrán sobre sus hijos el derecho de vida y muerte, - aunque se podrán aplicar los castigos necesarios para su corrección". (23)

Este precepto es más avanzado en relación al Derecho Romano, ya que en este último el pater-familias sí tenía el citado derecho. Con relación a nuestro Derecho Civil vigente, queda ligado el artículo 423.

"Todos los hijos de cualquier matrimonio, sea principal o secundario, - serán considerados como legítimos". (24)

De alta significación en nuestro Derecho Civil vigente, es este precepto, ya que redundaba en beneficio de los hijos, como existe actualmente, para evitar la discriminación de éstos.

"Sólo los hijos del matrimonio principal podían heredar los cargos y - bienes de sus padres en caso de sucesión legítima". (25)

El matrimonio aquí siendo el principal produce efectos en favor de los hijos, a pesar de ser considerados legítimos todos, sólo los del primer ma

(23) Alba, Carlos H. op. cit. pág. 377.

(24) Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en - México. Editorial Porrúa. México. 1984. 2a. Edición. pág. 126.

(25) Esquivel Obregón, Toribio. op. cit. pág. 128.

trimonio tienen derecho a heredar los cargos y bienes de sus padres en caso de sucesión legítima.

Es patente el grado de adelanto al que había llegado este pueblo por sus Instituciones Judiciales a la altura de las mejores de nuestro tiempo.

Las legislaciones de 1870 y 1884 al respecto: otorgaron la patria potestad al padre y a la madre solidaria y mancomunadamente en derechos y obligaciones con relación a los hijos sometidos a su autoridad, en su artículo 391, equiparó el legislador de 70 a los hijos naturales, con los legítimos y en el 392, establece la sucesión de la patria potestad a la muerte de los padres, otorgándola a los abuelos y abuelas sucesivamente.

Desde este ordenamiento legal en nuestro país, el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues según el 391 se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos legítimos, naturales, legitimados o reconocidos.

En 1917 al entrar en vigor la Ley de Relaciones Familiares se hace evidente "El propósito terminante de expedir leyes para establecer, la familia sobre bases más racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo de propagar la especie y fundar la familia. (26)

"En cuanto a la patria potestad no teniendo ya por objeto beneficiar -

(26) Andrade, Manuel. Consideraciones sobre la Ley de Relaciones Familiares de 1917. Editorial Andrade. México. 1930. 1a. Edición. pág. 1.

al que la ejerce, y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y por la madre, y en defecto de éstos, el abuelo y la abuela, pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer, que por razones naturales se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre, y ordinariamente le tiene más cariño, y que así mismo por lo que respecta a los bienes del hijo, se ha creído oportuno suprimir la clasificación establecida por el Código Civil, lo cual no es sino una reminiscencia de los peculios que establecía el Derecho Romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre, por todo lo cual se ha creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo con los ascendientes que ejerzan la patria potestad, quienes en cualquier caso disfrutarán como remuneración de sus trabajos la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que será divisible entre ambos ascendientes". (27)

De lo expuesto anteriormente se desprende que los efectos jurídicos del matrimonio respecto a los hijos en cuanto a la patria potestad ejercida sobre ellos, llevan la misma trayectoria de las legislaciones anteriores, siendo éstos los antecedentes y bases jurídicas en donde se construyó la nueva legislación positiva.

b) Derecho Positivo Vigente. En el Derecho Positivo vigente la patria potestad ha dejado de ser un poder o facultad exclusivo del padre, para convertirse en un conjunto de derechos y obligaciones que la ley impone al padre y a la madre sobre la persona del menor o hijo y sobre sus bie -

(27) Andrade, Manuel. op. cit. págs. 6 y 7.

nes con el propósito de garantizarle representación, protección y alimentos, a cambio del derecho de exigir respeto, obediencia y reciprocidad de alimentos en su caso.

Desde las legislaciones de 70 y 84 queda el matrimonio desligado en sus efectos con la patria potestad ejerciéndose ésta sobre hijos legítimos de la misma manera que sobre los naturales; idea que el legislador del Código vigente toma en cuenta y en el artículo 414 de dicha legislación confiere ese poder a los padres, a falta de ellos a los abuelos paternos y en su defecto a los abuelos maternos.

En los artículos 415 a 418, expresamente el Código regula el ejercicio de la patria potestad para el caso de los hijos naturales.

"En la mayoría de las legislaciones el matrimonio sí produce efectos en cuanto a la patria potestad, pues principalmente por lo que se refiere al padre se requiere que se trate de hijos legítimos para que se ejerza la potestad respectiva con el conjunto de derechos y obligaciones. En cuanto a la madre generalmente se admite que tratándose de hijos naturales, a ella le corresponde la patria potestad. Existe un sistema distinto, conforme al cual, tratándose de hijos naturales, no se reconocen los efectos de la patria potestad, sino que se somete a los menores a tutela especial".

(28)

Desde luego como nos dice Rojina Villegas: partiendo del supuesto de que se trata de hijos naturales reconocidos, pues faltando el reconocimien

to, es evidente que en nuestro Derecho, sólo cabe el régimen de la tutela, dado que los padres son desconocidos.

II. Para los Hijos Legítimos.

A los hijos concebidos durante el matrimonio éste les atribuye la calidad de hijos legítimos, al respecto el Código Civil vigente en su artículo 324 dispone: "Se presumen hijos de los cónyuges :

- a) Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- b) Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad de contrato, de muerte del marido o de divorcio.

Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

Desde el punto de vista jurídico, por virtud del matrimonio se tiene la certeza de que los hijos de la mujer casada que hayan sido concebidos a partir de su enlace, serán hijos de su marido. Según el artículo 325. "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 ha precedido al nacimiento.

Aun cuando el artículo 340 determina que la filiación de los hijos se prueba con la partida de su nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres, el artículo siguiente permite que a falta de actas o si éstas fueren

defectuosas, incompletas o falsas, se prueba dicha calidad con la posesión constante de estado de hijo legítimo. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio - de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si uno solo de los registros faltare o estuviese inutilizado y existiese duplicado de éste, deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase.

El artículo 342 de dicho ordenamiento nos muestra cómo no obstante la falta del acta de matrimonio se puede acreditar la calidad de hijo legítimo, y nos dice: En casos que hubiere hijos de dos personas que hubieren vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar donde se casaron, no podrá disputarse a estos hijos haber nacido de matrimonio sólo - por falta de acta de enlace de sus padres, siempre que se pruebe que tienen posesión de estado de hijos de ellos o que, por los medios de prueba - que autoriza el artículo anterior se demuestre la filiación y no esté contradicha por el acta de nacimiento.

III. Para los Hijos Legitimados.

Son hijos legitimados aquellos que concebidos antes del matrimonio, la subsecuente celebración del mismo hacen que se tengan por nacidos de éste.

El artículo 354 nos dice: "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio los hijos habidos antes de su-

celebración".

Luego entonces para que el hijo goce de la calidad de legitimado, sus padres deberán reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o con posterioridad a él; reconociendo que deberá ser hecho conjunta o separadamente por ambos padres. Para los efectos de la legitimación el artículo 357 permite que se lleve a cabo dicho reconocimiento aun con posterioridad al matrimonio de sus padres y por lo tanto el hijo legitimado tendrá todos los derechos y obligaciones que la ley otorga, no sólo desde el reconocimiento, sino desde que se celebró el matrimonio.

A los descendientes de los hijos fallecidos al celebrarse el matrimonio se extienden los efectos de la legitimación, de la misma manera que los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara reconocer como su hijo al que está concebido o pudiera estarlo (artículos 358 y 359 del Código Civil vigente).

Derechos y Deberes de los Hijos. La Declaración de los Derechos Humanos, emitida por la Organización de las Naciones Unidas, aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 en su artículo 25 dice: "La maternidad y la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social".

Este artículo sigue la tendencia de nuestro Derecho, ya que el matrimonio no es considerado como elemento esencial para que los hijos obtengan -

sus derechos y cumplan con sus deberes; cabe hacer notar que los efectos producidos sobre los hijos, son consecuencia de la filiación y si de la misma manera se producen sobre naturales reconocidos, con mayor razón serán efectos del matrimonio sobre los hijos legítimos.

"La relación de derecho que existe entre padres e hijos es recíproca; unos y otros tienen derechos que hacer valer y obligaciones que cumplir".

(29)

Partiendo de la base de que el matrimonio no es indispensable para la exigencia de derechos y deberes de los hijos, pero teniendo en cuenta que nuestro tema en este capítulo son los efectos del matrimonio con relación a los hijos, veremos los derechos y deberes de los hijos dentro del matrimonio, ya que se producen con mayor razón sobre los hijos legítimos.

El Código Civil vigente en su artículo 98 fracción IV nos marca el primer derecho que tiene el hijo, ya que ordena que las personas deseosas de contraer matrimonio acompañarán a la solicitud respectiva un certificado médico haciendo constar que los mismos no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica o incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria.

De lo que se desprende que el primer derecho es el de ser concebido de padres sanos, tanto física como moralmente.

El segundo derecho es el de llevar el apellido de los padres, derecho-

(29) Ahrens James. Curso de Derecho Natural. Editorial Bosch. Barcelona, España. Traducción. 1987. 6a. Edición. pág. 481.

contenido en el artículo 58 del ordenamiento legal antes citado, indicando al referirse al contenido del acta de nacimiento que se hará constar: - "... el día y la hora, lugar de nacimiento, sexo, nombre del presentado y apellido que se le ponga". Desde luego en primer término el del padre y después el de la madre.

También el artículo 389 fracción I nos habla de este derecho del hijo reconocido, por el padre, por la madre o por ambos; de llevar el apellido.

El tercer derecho es el de vivir en un ambiente moral sano que le preserve de influencias nocivas que más tarde le perjudiquen en su vida social, moral o económica.

"Los hijos tienen derecho a ver esta luz bendita; y a nutrirse del pecho de su madre y a comer el pan que les ganen sus padres. Tienen el derecho a vuestra vivienda, a vuestros cuidados, a que les deparéis una manera honrada de vivir". (30)

El cuarto derecho es el de recibir una educación que les prepare debidamente para luchar mejor dotados, por la subsistencia.

Dicha educación deberá ser: laica, democrática, nacional y general, para el desarrollo armonioso de todas las facultades del hijo y deberá seguir todos los lineamientos que marca el artículo 3º Constitucional.

(30) Goma Indalecio. La Familia. Editora Nacional. Barcelona, España. - 1936. 1a. Edición. pág. 221.

C A P I T U L O I I I

REGIMENES PATRIMONIALES.

Antes de llevar a cabo un estudio detallado de los diversos regímenes patrimoniales dentro del matrimonio, consideramos importante proponer un amplio panorama de los antecedentes históricos de dichos aspectos.

Tratándose del sistema patrimonial en el matrimonio cabe hacer notar que dicha institución no existió en el sistema matriarcal y aún siguió desconocido en los pueblos que hacen vida sedentaria; en Grecia y en Roma el destino de sus mujeres era el de dar ciudadanos por lo que permanecían ajenas a todo derecho patrimonial, ya que pasaban a ser un objeto más de la exclusiva pertenencia del marido. (31)

"En Roma la mujer casada carecía de patrimonio, el cual pertenecía a su marido que era amo y señor, y que tenía poder sobre los bienes de la mujer, los que adquiría en el acto de su matrimonio; al evolucionar la cultura con el paso de los años el matrimonio cum manus cae en desuso en las Instituciones de Justiano, hasta aparecer en su lugar el matrimonio sine manus, en el cual cada esposo conservó su patrimonio, lo que trae a la postre un gran beneficio para la mujer, pues dio lugar a una serie de medidas tendientes a la protección de sus bienes, y como consecuencia de esto surgen medidas tendientes a la protección del patrimonio matrimonial.

(31) Manresa y Navarro, José María. Comentarios al Código Civil Español.- Madrid, España. 1907. 3a. Edición. pág. 318.

"Al surgir el cristianismo y sus nuevas ideas, aparecen los principios que igualan y dignifican a la mujer en el matrimonio y protegen la -- creación de la familia, así la legislación europea recibe enorme fuerza moral.

"En la Edad Media, el derecho evoluciona y los bienes de los cónyuges Germanos son los primeros en resentir los efectos del matrimonio unificándose en todo o en parte, según acuerdo de ambos, perteneciendo la parte -- unificada a los dos en mano común. Una vez disuelto el matrimonio se dividen los bienes por partes iguales.

"La legislación germana experimenta un gran cambio al combinarse con el Derecho Romano, la desaparición de la idea de un patrimonio conyugal -- quedado en lugar de éste, la separación de bienes de los cónyuges incluso durante el matrimonio y perdiendo el marido el derecho de disponer de los bienes de la mujer en nombre de la comunidad".(32)

Los reconocidos autores Beatriz Bravo Valdés y Agustín Bravo González, ofrecen las siguientes ideas en relación al aspecto patrimonial del matrimonio:

"En el desarrollo histórico de la familia romana, encontramos tres -- formas de contraer matrimonio, cuyos efectos repercuten en el aspecto económico patrimonial del mismo.

"a) En la antigüedad, el matrimonio seguía la manus, por lo cual la --

(32) Eneccerus, Kipp y Wolff. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1954. 11a. Edición.

mujer era agnada del marido y se encontraba con respecto a él en lugar de una hija, por lo tanto, todos sus bienes eran absorbidos por el marido o por el ascendiente que tuviera la patria potestas.

- "b) Después, al caer en desuso la manus, viene un régimen de separación de los bienes en el matrimonio libre, cuando la mujer conserva su agnación con su familia natural, guardando la propiedad de los bienes llevados al matrimonio si es independiente, al ser independiente también pertenecerá a la mujer lo que obtenga por herencia, legado, etc. Como sobre estos bienes tiene la mujer independiente plena disposición, puede ella administrarlos o ceder la administración al marido, quien debe atender a las recomendaciones que se le hayan hecho, siendo el responsable del manejo de estos bienes extra dotales, de los cuales no tendrá comunidad cuando no lo quiera la mujer, ni podrá gravarlos con obligación alguna.

"Cuando de estos bienes extra dotales hay créditos, el marido puede ejercitar las correspondientes acciones, sin que se le pida ratificación. Puede disponer de los intereses en compañía de su mujer, sin tocar el capital. Al disolverse el matrimonio el marido debe regresar estos bienes extra dotales, pudiendo la mujer ejercitar las acciones correspondientes.

- "c) Toca ahora considerar cuando el matrimonio sigue la dote.

La causa de la dote es permanente y con la voluntad conyugal del que la da se constituye para que siempre permanezca en poder del marido". No puede hablarse de dote en los matrimonios nulos, -

pues no puede haber dote donde no hay matrimonio: "Debe haber -- dote donde haya cargos del matrimonio". La dote conjunto de bienes que la mujer u otra persona entregan al marido para ayudarlo a soportar las cargas del matrimonio. Respecto a los bienes dotales, el marido responde tanto por dolo como por culpa, pues recibe la dote en su propio beneficio y deberá poner en su administración la misma diligencia que ponga en sus propios asuntos. Si la dote fuere estimada, el marido responderá de su pérdida. A la disolución del matrimonio, deberá regresarla, pues "es de interés público que las mujeres tengan a salvo la dote, merced a la cual puedan casarse". (33)

Igualmente pensamos que es necesario para una adecuada integración de este apartado, referirnos brevemente a las capitulaciones matrimoniales.

Algunos autores entre otros Guido Tedeschi les designan con el nombre de convenciones matrimoniales, el citado autor les define como: "El acto-jurídico por medio del cual los cónyuges en forma voluntaria pactan el régimen a que estarán sujetos sus bienes, productos, administración de los-- mismos e inclusive deudas durante su vida conyugal. (34)

El artículo 2112 del Código de 70 y al 1978 del Código de 84 las definen en forma idéntica de la siguiente manera: "Se llaman capitulaciones--

-
- (33) Bravo Valdés, Beatriz y Bravo González, Agustín. Derecho Romano. Primer Curso. Editorial Pax. México. 1988. 13a. Edición. págs. 171 y - 172.
- (34) Tedeschi, Guido. El Régimen Patrimonial de la Familia. Editorial - Reus. Traducción. Madrid, España. 1954. 1a. Edición. pág. 41.

a los pactos que los esposos celebran para constituir, ya sociedad voluntaria, ya separación de bienes y para administrar éstos en uno y en otro caso".

El Código vigente en su artículo 179 las define así: "Son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de estos en uno y en otro caso", agregando el artículo 180 del mismo ordenamiento después de establecer que pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él, que "pueden comprender no solamente los bienes de los que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que adquieran después".

Como se ve, las definiciones anteriores y la consignada en el Código vigente, son casi iguales con la única diferencia que en el término Sociedad voluntaria, contenido en los anteriores códigos queda excluido en el actual, por haber quedado suprimida la sociedad legal.

La libertad de los contratantes en esta materia es absoluta siempre y cuando sus pactos no contengan disposiciones contra las leyes o los naturales fines del matrimonio.

Por lo que respecta a la forma en que deben celebrarse la legislación vigente establece que las capitulaciones matrimoniales en que se pacte la sociedad conyugal o separación de bienes deberá constar siempre por escrito (artículo 98, fracción V).

d) Las capitulaciones matrimoniales en que se constituya la sociedad

conyugal, constarán en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida (artículo 185).

A) SOCIEDAD CONYUGAL.

Procederemos ahora al estudio de los regímenes económicos que reglamenta nuestro Código Civil vigente, principiando por el de sociedad o comunidad conyugal, que es aquél por el cual los esposos ponen en común sus bienes presentes y los que en el futuro adquieran, o los frutos o productos de esos bienes y la forma de administrarlos. Ordenamiento que la considera como una sociedad civil, toda vez que hay preceptos que la caracterizan como tal y más aún, se establece que a falta de reglas que reglamenten a la sociedad conyugal, serán aplicables las del contrato de sociedad (artículo 183).

Preciso es determinar la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal, examinando las diversas teorías que la comparan con otras instituciones.

Se estima que la sociedad conyugal es toda una sociedad civil, porque se dice que en forma general implica aportaciones por parte de ambos cónyuges, un fondo común destinado a ser dividido y una contribución a las pérdidas. A estas teorías se adhieren diversos tratadistas entre los que encontramos a Rojina Villegas, quien al hablar sobre el consentimiento en la sociedad conyugal dice: "El consentimiento sigue las reglas generales de todos los contratos, y por lo tanto, sólo diremos que en el caso específico consistirá en el acuerdo de voluntades entre los pretendientes o consor-

tes, para crear una sociedad en cuanto a determinados bienes. Es por lo tanto característica importante el consentimiento, la de constituir una sociedad, o sea, en términos jurídicos crear una persona moral. Dado el régimen de sociedad conyugal que se contiene en los artículos 183 a 206 del Código Civil vigente, por virtud del consentimiento para aportar determinados bienes, se crea una verdadera persona jurídica distinta a la de los cónyuges y con patrimonio propio. En verdad el artículo 189 no deja lugar a dudas, puesto que las capitulaciones o convenciones matrimoniales comprenden un activo y un pasivo que constituye el patrimonio de la sociedad, independientemente del activo y pasivo de cada uno de los cónyuges, y se debe determinar quién es el administrador de la sociedad, es decir, se crea el órgano representativo que exige toda persona moral y además las bases para liquidar la sociedad, y según la fracción III del artículo 25 del Código Civil vigente, son personas morales las sociedades civiles, en consecuencia la sociedad conyugal como sociedad civil, constituye una verdadera persona moral y la sociedad conyugal como una sociedad civil que se constituye una persona jurídica con patrimonio propio y que actúa por medio de un representante". (35)

No obstante lo firme de la base en que descansan las teorías que equiparan a la sociedad conyugal a la sociedad civil, haremos una crítica de ellas.

Por sociedad civil se entiende a la persona moral constituida por un contrato en virtud del cual los socios se obligan a combinar sus es -

(35) op. cit. pág. 450.

fuerzos o sus recursos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico, pero sin constituir una especulación comercial (artículo 2688). Como se puede ver de lo anterior, la principal característica de la sociedad civil es constituir una persona moral, una entidad de naturaleza diferente de la de los socios que la constituyen, y por otra toda sociedad civil tiene los siguientes elementos: a) Capacidad; b) Patrimonio; c) Denominación o razón social; y d) Nacionalidad, y si la sociedad conyugal es una sociedad civil, según lo afirman las teorías que rebatimos, debemos encontrar en ella los mismos elementos.

a) La capacidad de la persona moral está sujeta a la realización del fin común y se distingue de la capacidad de las personas físicas, en que en aquéllas no existe capacidad de ejercicio, y su capacidad de goce está restringida en razón de su objeto, naturaleza y fines. La sociedad conyugal tiene por objeto o fin que por medio de la gestión de los bienes de los consortes, hecha por el administrador, tengan como fin o motivo el hecho de ayudar a sostener las cargas del matrimonio, lo que significa el radio de acción tan amplio de la sociedad conyugal, en oposición con la finalidad de la sociedad civil que es en extremo restringida.

b) Respecto al patrimonio surge una de las principales diferencias que podemos encontrar, toda vez que el artículo 194 del Ordenamiento legal citado establece: "El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad", en donde se puede ver que la sociedad conyugal no posee patrimonio propio, ya que no tiene el dominio de los bienes afectos del mismo, y como es requisito esencial de la sociedad civil el hecho de tener un patrimonio, distinto a los patrimonios de los -

socios que la integran, se hace manifiesto que la sociedad conyugal no es una persona moral, ni por tanto una sociedad civil.

c) En lo que se refiere al nombre o razón social, los cónyuges - no están obligados a adoptar alguno legalmente en contraste con la sociedad civil que sí está obligada a adoptar alguno.

d) La nacionalidad de la sociedad conyugal no los resuelve el artículo 12 del Código Civil vigente que estatuye: "Las leyes mexicanas incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes", por lo que en este aspecto no existe diferencia alguna.

Asimismo, el fin de toda sociedad civil se caracteriza por su naturaleza preponderantemente económica y el artículo 2695 del Código Civil - de 1928, reza: "Las sociedades de naturaleza civil que toman la forma de sociedades mercantiles, quedan sujetas al Código de Comercio", o sea que lo que individualiza a la sociedad civil es su forma y no su fin; la sociedad conyugal cualesquiera que sea la forma en que se organice en diversas ocasiones podría estimarse como una sociedad mercantil, toda vez que los bienes afectos a ella pueden ser destinados a la especulación mercantil, quedando sujeta su reglamentación al Código de Comercio.

Los socios que integran una sociedad civil, pueden ceder sus derechos con la aprobación de los demás socios, en cambio en la sociedad conyugal los esposos no pueden ceder el derecho que poseen sobre la misma; -

el contrato en que conste una sociedad civil es principal, no así el de la sociedad conyugal, toda vez que tiene el carácter de accesorio, sujeto a la realización del matrimonio.

Con la muerte de alguno de los consortes se procede a la liquidación de la sociedad conyugal y en la sociedad civil bajo ningún aspecto para el caso del fallecimiento de alguno de los socios se procede a la liquidación, a no ser que se trate de socios de responsabilidad ilimitada, o del socio industrial.

Planiol y Ripert nos indican que la sociedad conyugal no es una sociedad de bienes con un límite de duración prefijado, sino que su fin está supeditado a determinadas circunstancias, como pueden ser la disolución del matrimonio, la muerte de alguno de los consortes, etc., en cambio la sociedad civil siempre tiene un plazo predeterminado de duración. (36) Por otra parte repugna pensar que entre el marido y la esposa exista un ser ficticio que sería el titular del patrimonio común, y de que el cónyuge es un agente o representante, asimismo y para sostener el nacimiento de la persona moral se requería un precepto legal expreso, mismo que no existe en nuestra legislación, dado que solamente la ley puede crear personas morales y todos los efectos que produce la comunidad pueden explicarse sin necesidad de acudir a su personificación, por lo que se llega a la conclusión de que la sociedad conyugal y la sociedad civil son dos instituciones totalmente distintas sin que puedan equipararse ni menos asimilar aquélla-

(36) Planiol Marcel y Ripert, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil - Francés. Tomo VIII. Editorial Cultura, La Habana, Cuba. 1940. pág. 7.

a ésta. Otras teorías asimilan la sociedad conyugal a la copropiedad y - nuestro Código Civil vigente aún cuando no lo estima así, lo estipula en el artículo 194 que a la letra dice: "El dominio de los bienes comunes - reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad", nos hace considerar que la sociedad conyugal constituye una verdadera copropiedad, toda - vez que el dominio de los bienes reside en ambos cónyuges, significa que - la Ley los toma como copropietarios de los mismos dado que la sociedad no es la copropietaria de esos bienes; asimismo el artículo 185 del mismo - Ordenamiento reafirma más este punto de vista al decir: "... deberán constar en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse copartícipes.." al hablar sobre bienes inmuebles o sea que el término de copartícipe, se - gún el Diccionario de la Lengua Española "participe con otro", lo emplea - nuestro Código Civil vigente como sinónimo de copropiedad, siendo esto último cuando una cosa o un derecho patrimonial pertenece pro indiviso a - dos o más personas. Los copropietarios no poseen el dominio sobre una - parte determinada de esa cosa o ese derecho, sino sobre el todo y sobre - todas y cada una de las partes en que se compone, es decir, sobre una parte alicuota por lo que se afirma que la sociedad conyugal y la copropie - dad tienen mucho en común, que es la comunidad de bienes dado que se unen intereses de manera más o menos indisolubles y por cierto tiempo.

Pero analizando en forma más detallada esta corriente, nos podremos dar cuenta que la sociedad conyugal no constituye una copropiedad, porque como principal distinción existe la circunstancia de que en la primera - ninguno de los cónyuges por sí solo puede ceder, enajenar, gravar el derecho que posee sobre la masa común o sobre cualquiera de los bienes afec - tos a ella, queremos decir con ésto que el derecho de los consortes sobre

la sociedad conyugal es incedible, no puede ser enajenado ni gravado por uno de ellos si no es con el consentimiento del otro cónyuge, no sucediendo lo mismo en la copropiedad, en la que cada uno de los copropietarios puede disponer de su parte alícuota, que es dueño absoluto de ella, pues podrá enajenarla, gravarla, cederla, etc., con la única excepción de que tendrá que respetar el derecho del tanto de los demás copropietarios.

Por otra parte la idea de copropiedad, como nos dice Francisco Lozano Noriega, "no es una simple indivisión amorfa y transitoria como la que se establece entre herederos, y como la propiedad ordinaria, sino que, fundada en la idea de asosición pierde su carácter transitorio y adquiere-permanencia". (37) Por lo que no es posible aplicar de una manera invariable a la sociedad conyugal los preceptos que reglamentan a la copropiedad, ni por lo tanto equiparar una con otra, puesto que cada institución posee reglas propias y además, la comunidad conyugal tiene vigencia durante todo el tiempo que dure el matrimonio o en tanto no se le pone fin, ya sea por convenir así a los intereses de los cónyuges o por decisión judicial.

De lo anteriormente expuesto podemos manifestar que la sociedad conyugal es una institución autónoma, con elementos tanto de la sociedad civil o común, como de la copropiedad, sin que pueda asimilarse o equipararse a una u otra de estas instituciones.

En este sistema se encuentran diversos grados que van desde la comu

(37) Lozano Noriega, Francisco. Tópicos sobre Regímenes Matrimoniales. -- Edición del Autor. México. 1973. pág. 311.

nidad absoluta hasta la sociedad de ganancias más o menos limitada. En el primero los patrimonios de los esposos se confunden en su totalidad, y como ya ha quedado anteriormente manifestado es el más acorde con la naturaleza de la unión matrimonial, pero ha ido perdiendo terreno juntamente con la disolubilidad del matrimonio.

La sociedad conyugal puede no ser absoluta, sino comprender sólo - cierta categoría de bienes, referida a su naturaleza o la época de su adquisición y abarcar por ejemplo sólo los muebles o los inmuebles, o ambos, pero sólo cuando se adquieran durante la vida matrimonial. Este tipo de comunidad a la que podría denominársele limitada, origina toda una serie de problemas y complicaciones que se traducen principalmente en inseguridad en las transacciones y en dificultades crecientes para determinar durante su vigencia o a su terminación, lo que corresponde a cada cónyuge.

La existencia de una masa común de bienes es la característica del sistema de comunidad o sociedad conyugal, si bien ésto no significa que necesariamente todos los bienes de los esposos estén comprendidos en ella, - en principio los esposos pueden pactar una comunidad universal y es precisamente a ellos a quienes corresponda precisar el contenido de la misma, - su intención puede ser la de que la totalidad de los bienes presentes y futuros de la naturaleza que fueren caigan dentro de la sociedad conyugal, y así dar nacimiento a la sociedad conyugal universal.

El moderno Código familiar para el Estado de Hidalgo, ubica a la sociedad conyugal entre los artículos 64 a 78 inclusive de dicho Ordenamiento, mismos que por ser de interés se reproducen textualmente a continua -

ción:

"Artículo 65: La sociedad conyugal, puede otorgarse antes o después de casarse. En el primer caso, surtirá efectos al contraerse matrimonio, - en el segundo, al celebrar la sociedad".

"Artículo 66: La sociedad conyugal se regirá por las reglas del contrato de sociedad civil".

"Artículo 67: El capital de la sociedad se compondrá de los bienes- muebles o inmuebles aportados a ella por los esposos. Si son bienes inmuebles deberán constar en escritura pública, para que el traslado de dominio surta sus efectos".

"Artículo 68: Para que las modificaciones a las cláusulas del con -trato de sociedad civil, produzcan sus efectos legales respecto a terceros, deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. La sociedad conyugal no responde de las deudas adquiridas por los socios, - antes de la celebración de la sociedad, pero sí de las posteriores".

"Artículo 69: No forman parte de la sociedad conyugal el salario de los esposos, pero sí los bienes adquiridos con él".

"Artículo 70: No forman parte del capital de la sociedad, el lecho-común, la ropa y los objetos de uso personal u ordinario de los cónyuges.

"En cuanto a los demás bienes, pertenecen a cada uno, aquellos de - que sean propietarios, al momento de celebrar la sociedad conyugal; así -

como los que posean antes de otorgarla, si por prescripción adquieren la propiedad, durante la sociedad conyugal. Igualmente, son de cada uno de los cónyuges, los adquiridos por don de la fortuna o por cualquier acto jurídico traslativo de dominio".

"Artículo 71: El contrato de sociedad conyugal, tendrá las siguientes cláusulas:

- I. Lista de bienes muebles e inmuebles aportados por cada socio: cuando se trata de bienes muebles o inmuebles, se especificará si tiene algún gravamen.
- II. La declaración si la sociedad conyugal comprende los bienes presentes y los futuros, así como la forma de aprovechar los frutos y sus productos.
- III. El nombre del cónyuge administrador, quien deberá garantizar su manejo, así como la remuneración que a él corresponda.
- IV. Las bases para liquidar anticipadamente la sociedad conyugal".

"Artículo 72: Es nula la cláusula en cuya virtud uno de los cónyuges ha de percibir todas las utilidades, tampoco se permite establecer que alguno de los socios sea responsable por las pérdidas y deudas comunes de una parte, si excede a la que proporcionalmente corresponda, a su capital o utilidad".

"Artículo 73: El socio administrador está obligado a solicitar la manifestación de voluntad de la otra parte, para ejecutar actos de dominio de bienes de la sociedad. En caso de controversia, el juez familiar resolu

verá oyendo a ambas partes, auxiliado por el consejo de familia".

"Artículo 74: El dominio de los bienes comunes corresponde a ambos cónyuges, mientras subsista la sociedad".

"Artículo 75: La sociedad conyugal termina:

- I. Por disolución del matrimonio.
- II. Por voluntad de los consortes, durante el matrimonio.
- III. Por presunción de muerte del cónyuge ausente.
- IV. Por petición al juez familiar de alguno de los cónyuges, si el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza arruinar al otro".

"Artículo 76: En los casos de nulidad de matrimonio, la sociedad será nula desde su iniciación, debiendo cumplir los socios con todas las obligaciones contraídas con terceros de buena fe".

"Artículo 77: Antes de disolver la sociedad conyugal, se seguirán las siguientes reglas:

- I. Se formulará un inventario de todos los bienes de la sociedad.
- II. Se pagarán las deudas.
- III. Se devolverá a cada cónyuge su aportación a la sociedad. El sobrante se repartirá por partes iguales.
- IV. Si hubiera pérdidas, el importe se deducirá del haber de cada cónyuge, en proporción a las utilidades correspondientes. Si uno solo aportó el capital, de éste se deducirá la pérdida total".

"Artículo 78: La muerte de uno de los cónyuges termina la sociedad conyugal. El superviviente seguirá administrándola hasta verificar la partición y adjudicación de la herencia, legítima o testamentaria, según sea el caso".

Elementos esenciales de la Sociedad Conyugal. Para analizar este régimen haremos un estudio de sus elementos esenciales y de validez, así como de sus cláusulas nulas y causas de extinción.

Por lo que respecta a los elementos esenciales estudiaremos primero el consentimiento y luego el objeto.

Consentimiento: En el caso de la sociedad conyugal es: el acuerdo de voluntades entre los pretendientes o consortes, para crear una sociedad en cuanto a determinados bienes.

Objeto: En cuanto al objeto al artículo 184 nos dice: "Puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla, sino también los futuros que adquieran los consortes".

Su objeto es el de constituir una persona moral cuyo activo está formado por las aportaciones que hagan los cónyuges, tanto de bienes muebles como inmuebles, corporales e incorporales y su pasivo por las deudas de los mismos.

Al respecto la legislación vigente en el artículo 189 nos dice en sus siguientes fracciones:

"Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal deben contener:

- I. La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con la expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;
- II. La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;
- III. Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas o únicamente de las que contraigan durante el matrimonio; ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;
- IV. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;
- V. La declaración explícita de si la sociedad ha de comprender los bienes todos de los consortes, o solamente sus productos, en uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;
- VI. La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte, corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;

VII. La declaración terminante acerca de quien deberá ser el administrador de la sociedad, expresándose con claridad las facultades que se le conceden;

VIII. La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio, pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción".

Elementos de Validez de la Sociedad Conyugal. Por lo que toca a elementos de validez, veremos en primer lugar la capacidad y seguiremos en el orden que nos marca el artículo 1795 de nuestra legislación vigente.

Capacidad. La capacidad en relación con las capitulaciones matrimoniales será la misma que se requiere para contraer matrimonio, según lo establecido por el artículo 181: "el menor que con arreglo a la ley pueda contraer matrimonio puede también otorgar capitulaciones matrimoniales, las cuales serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio".

Ausencia de Vicios del Consentimiento. El artículo 1812 del Código Civil nos habla del segundo elemento de validez o sea la ausencia de vicios del consentimiento y dice: "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

Licitud de su Objeto. Nuestro ordenamiento legal en su artículo 182 marca la exigencia de un objeto lícito y nos dice: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio".

Forma. La forma en que deban constar las capitulaciones matrimoniales será por disposición de los artículos 185 y 186, o sea en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida, de la misma manera que toda estipulación que se haga, si requiere para su validez dicha formalidad.

Del texto de los artículos anteriores se deduce que las capitulaciones constarán en documento privado si cuando se celebran no se aportaren bienes, cuya transmisión amerite escritura pública; pero si después de su celebración, los cónyuges adquieren bienes inmuebles con valor superior a quinientos pesos, deberán elevarse a escritura pública las capitulaciones matrimoniales y de la misma manera hacer las inscripciones respectivas en el protocolo en que se otorgaron las primitivas capitulaciones, así como en el Registro Público de la Propiedad para que produzcan efectos contra tercero.

Terminación de la Sociedad Conyugal. La terminación de la sociedad conyugal es independiente de la terminación del matrimonio, ya que puede terminar durante la existencia del mismo, teniendo dos causas, una el acuerdo de los cónyuges según el artículo 187, y la otra por la solicitud de uno de ellos en los casos del artículo 188, si el socio administrador por su notoria negligencia o torpe administración amenaza arruinar a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes o cuando el socio administrador hace cesión de bienes a sus acreedores, o es declarado en quiebra.

También puede terminar la sociedad conyugal a consecuencia de la di

solución del matrimonio; por divorcio, nulidad o presunción de la muerte del cónyuge ausente, artículo 197. Aquí los efectos del matrimonio se producen uniendo los bienes de ambos cónyuges en virtud de las exigencias de este régimen, además los cónyuges están obligados para administrar y ejercer el derecho de propiedad sobre los bienes sujetos a sociedad conyugal.

U. SEPARACIÓN DE BIENES.

Es el sistema en el cual se mantiene la independencia económica entera absoluta de los cónyuges, mismos que conservan el dominio y administración de los bienes que respectivamente les son propios, de manera como si el matrimonio no se hubiera efectuado; este régimen no origina una situación nueva con relación a los esposos, sino que constituye la prolongación del estado prematrimonial y por lo tanto ni el matrimonio mismo, ni la nulidad de él, ni su disolución influyen en modo alguno sobre la situación de los consortes que hubieren contraído nupcias bajo el régimen de separación de bienes, por lo que se puede afirmar que en el fondo no es un verdadero régimen matrimonial, sino la negación de los efectos del matrimonio en relación a los bienes.

Este sistema pueda existir en dos supuestos diferentes:

1. Cuando los futuros esposos lo han elegido como régimen económico de su unión al pactar las capitulaciones matrimoniales, y
2. Cuando los cónyuges casados bajo un régimen diferente han quedado separados de bienes por así convenir a sus intereses o por sentencia judicial que la decreta.

Este régimen es en extremo sencillo, pues no necesita ninguna reglamentación complicada, sino únicamente la relativa a la contribución de la mujer a sostener las cargas del matrimonio.

Algunos apologistas de este sistema dicen que favorece los matrimonios basados en el amor, afecto y estimación, impidiendo los de convenien-

cia e interés, es el régimen que en forma verdadera eleva y dignifica a la mujer, proporcionándole el mismo grado de capacidad del marido; por otra parte que la mala administración del marido sólo comprende sus bienes y no los de la esposa, y además que da lugar a liquidaciones largas y costosas por ser el sistema más simple.

No obstante la separación de bienes ofrece determinados inconvenientes, aparte de que no está en armonía con la comunidad de vida e intereses que da nacimiento el matrimonio, como son el hecho de restar autoridad al jefe de la familia que es el esposo, el de originar discusiones entre los consortes con motivo de los gastos del hogar y finalmente la de ser un régimen egoísta.

Empero desde el punto de vista de las relaciones de los cónyuges frente a terceros no ofrece problemas, si bien es cierto que puede facilitar los fraudes respecto de los acreedores. Los efectos apuntados no han tenido su total producción en el Distrito Federal, sino a partir de la promulgación de la Ley sobre Relaciones Familiares, toda vez que durante la vigencia de los Códigos Civiles de los años de 1870 y 1884 en los que no se otorgaba plena capacidad a la mujer, estaba ésta imposibilitada para enajenar los bienes inmuebles ni los derechos reales sobre ellos constituidos sin el consentimiento expreso del marido, o mediante autorización judicial.

Siguiendo con el método propuesto veremos ahora el articulado de los regímenes que reglamenta el Código Civil de 1928, el cual sólo admite el de sociedad conyugal y el de separación de bienes, haciendo desaparecer el régimen legal que los Códigos Civiles de 1870 y 1884 y la Ley sobre Re-

laciones Familiares establecían, toda vez que hay obligación por parte de los futuros esposos de celebrar convenio en relación a sus bienes al contraer matrimonio.

La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él y se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y por lo que no estuviera expresamente manifestado se regirá por las reglas del contrato de sociedad y puede comprender no sólo los bienes que los esposos sean dueños al momento de pactarla, sino también los bienes que adquieran en el futuro.

Establece que las capitulaciones en que se constituya la sociedad conyugal deberán constar en escritura pública, cuando los cónyuges pacten hacerse coparticipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito, para que la translación sea válida, existiendo la misma obligación legal para el caso de que se alteren las capitulaciones matrimoniales, haciendo la anotación respectiva en el protocolo en que se otorgaron las primeras y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad, no produciendo ningún efecto las alteraciones si no se efectúa lo anterior.

La comunidad o sociedad conyugal puede terminar durante el matrimonio si alguno de los esposos lo solicita por los siguientes motivos: a) si el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza con la ruina a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes; b) cuando el socio administrador hace cesión de bienes a sus acreedores o es declarado en quiebra.

En las capitulaciones en que se constituya la sociedad conyugal, deben contener: la lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleva a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten; la lista especificada de los bienes muebles que cada cónyuge introduzca a la sociedad; la nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al contraer el matrimonio con la indicación de si es la sociedad quien ha de responder de ellas, o si únicamente responde de las que se contraigan durante el matrimonio, ya fueren contraídas por ambos consortes o por alguno de ellos; la manifestación expresa de si la sociedad ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de formar parte de la sociedad; así como también la declaración explícita de que la sociedad estará constituida por todos los bienes de los esposos o solamente de sus productos, debiéndose precisar la parte de bienes o de los productos de ellos que correspondan a cada cónyuge; la declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde en forma exclusiva a quien lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro y en qué proporción; la declaración terminante acerca de quién debe ser el administrador de la sociedad, expresándose con claridad las facultades que se le conceden; la declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio, pertenecen exclusivamente al adquirente o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción y las bases para liquidar a la sociedad.

El artículo 190 establece que es nula la capitulación en cuya virtud uno de los consortes haya de percibir todas las utilidades, así como la que establezca que alguno de ellos sea responsable por las pérdidas y -

deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponda a su capital o utilidades. No pueden renunciarse anticipadamente las ganancias que resulten de la sociedad conyugal; pero una vez disuelto el matrimonio o establecida la separación de bienes pueden los cónyuges renunciar a las ganancias que les correspondan.

Elementos de la Separación de Bienes.

Forma. La separación de bienes puede ser absoluta o parcial según el artículo 208 y los bienes que no comprendan las capitulaciones matrimoniales de separación serán objeto de sociedad conyugal que deberán constituir los esposos.

Formalidad. El artículo 210 dispone: "no es necesario que consten en escritura pública las capitulaciones en que se pacta la separación de bienes; antes de la celebración del matrimonio; si se pacta durante el matrimonio, se observarán las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate".

Contenido. En este régimen cada consorte conserva en plena propiedad y administración los que respectivamente les pertenezcan así como sus frutos y accesiones, artículo 212.-al igual que los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que tuvieren por servicios personales, por el desempeño de un empleo o por el ejercicio de una profesión, comercio o industria. Artículo 213. -aunque no por este régimen los cónyuges dejarán de contribuir a la educación y alimentación de los hijos, así como de los demás cargos del matrimonio de acuerdo con el artículo 164. Todo lo anterior nos -

demuestra que 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; así como la esposa de contribuir en proporción a sus bienes a tales gastos sin que exceda la mitad a no ser que el marido carezca de bienes o esté imposibilitado para trabajar; también conservará los bienes que adquirieran en común donación, herencia, legado por cualquier otro título gratuito o por don de la fortuna, mientras se hace la división, bienes que serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro, pero en este caso, el que administre será consignado como mandatario. Artículo 215.

Terminación. Al respecto el artículo 209 nos dice: "Durante el matrimonio la separación de bienes puede terminar para ser substituida por la sociedad conyugal"; esto nos demuestra que nuestra legislación acepta la posibilidad de que existe sociedad conyugal en substitución de separación de bienes.

La maestra Sara Montero Duhalt, en su obra Derecho de Familia, al respecto ubica a este régimen dentro de las consecuencias jurídicas del matrimonio, en cuanto a los bienes de los cónyuges y explica que cuando durante el matrimonio se cambie el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes, se necesitará levantar escritura pública, si los bienes son inmuebles. Además la referida autora, considera que es una norma innecesaria la consignada en el artículo 211 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice: "Las capitulaciones que establezcan separación de bienes, siempre contendrán un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio, y nota especificada

de las deudas que al casarse tenga cada consorte", preguntándose: ¿supuso el legislador que, al establecer la comunidad de vida derivada del matrimonio podría haber confusión respecto a la propiedad de los bienes pertenecientes a cada uno de los consortes? (38) El ya mencionado Código Familiar del Estado de Hidalgo, trata lo referente a la separación de bienes entre los artículos 79 al 86, mismos que citamos textualmente a continuación:

"Artículo 79: En el régimen de separación de bienes, cada uno de los cónyuges conserva el pleno dominio y administración de sus bienes".

"Artículo 80: La separación de bienes, comprende los que sean propiedad de los cónyuges y los adquiridos después del matrimonio. La separación puede ser total o parcial. Si es parcial, esos bienes, serán objeto de la sociedad conyugal que deban constituir los cónyuges".

"Artículo 81: La separación de bienes se pacta durante el matrimonio, tratándose de inmuebles se otorgarán en escritura pública".

"Artículo 82: La separación de bienes, permite a cada uno de los cónyuges, conservar la posesión de todos sus bienes".

"Artículo 83: El régimen de separación de bienes se aplica a los adquiridos en común, por donación, herencia, legado o cualquier otro medio de adquirir la propiedad. Mientras se hace la adjudicación, se nombrará -

(38) Montero Duhal, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México.- 1990. 4a. Edición. págs. 156 y 157.

como administrador, a uno de los cónyuges".

"Artículo 85: Los cónyuges no podrán cobrarse entre sí remuneración alguna por servicios personales de asistencia profesional. En caso de ausencia temporal o impedimento de alguno, al administrarse los bienes del otro, se tendrá derecho a una retribución según la importancia del servicio y el resultado obtenido como gestión de negocios".

"Artículo 86: En el régimen de separación de bienes, un cónyuge no responde por las deudas del otro".

C) REGIMEN MIXTO.

Aunque el Código Civil para el Distrito Federal no prevé al respecto de este régimen, el maestro Ignacio Galindo Garfias en su oportunidad lo trató en los siguientes términos.

"En efecto, la ley establece varias posibilidades dentro de las cuales la voluntad de las partes puede moverse libremente para ajustar la estructura de la sociedad conyugal, adaptándola a los propósitos de las partes, por lo que toca al aspecto económico que va anexo al matrimonio. Pueden proponerse, formar un acervo común con la totalidad de sus bienes, de los frutos de éstos y del producto de su trabajo, al que marido y mujer - llevan cuanto tienen y lo que obtenga cada uno en lo futuro (bienes, rentas, ganancias, sueldos, salarios, emolumentos, etc.) para sufragar los gastos propios de la comunidad de vida que establecen entre sí; en este caso estaremos en presencia de una sociedad conyugal universal.

"Pueden si así lo quieren marido y mujer, aportar sólo a la sociedad conyugal una parte de sus bienes, reservándose la otra para sí, ya sea incluyendo en la aportación sólo una porción de sus bienes y la totalidad de sus frutos o los bienes y una porción de los productos o solamente los frutos que produzcan los bienes. Se trata entonces de una sociedad conyugal parcial. Esta variante necesariamente coexistiría con un régimen parcial de separación de bienes y se denomina régimen mixto.

"También podrán estipular los consortes, que la sociedad conyugal sólo comprenderá los bienes que en lo futuro adquieran los consortes; en este caso, si en el momento de la estipulación uno de ellos o ambos tienen

bienes propios, quedará establecido tácitamente un régimen mixto semejante al que hemos mencionado.

"En todo caso, en que se forma una sociedad conyugal, ambos consortes deberán declarar si el producto del trabajo que cada uno desarrolle queda reservado a quien lo ejecute o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción (artículo 189 fracción VI del Código Civil).

La sociedad conyugal, ya sea que abarque la totalidad de los bienes de los consortes o sólo una parte de ellos, podrá quedar constituida no sólo con los bienes que forman el activo del patrimonio de cada socio, sino que también podrá hacerse cargo de las deudas que en el momento de la constitución de dicha sociedad, tenga cada uno de los consortes. La aportación en ese caso, consistirá en el activo líquido del patrimonio o de la parte del patrimonio del aportante (bienes y derechos, menos deudas). Las deudas que durante el matrimonio contraigan los esposos en lo personal, quedan comprendidas en la sociedad conyugal". (39)

(39) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México. - 1979. 3a. Edición. págs. 563 y 564.

D) OTROS REGIMENES.

El Código Civil para el Estado de Jalisco habla de un especialísimo régimen patrimonial del matrimonio, denominado Sociedad legal, ubicándolo entre los artículos 207 al 225 inclusive, de los cuales citaremos los principales:

"207: El régimen de la sociedad legal consiste en la formación y administración de un patrimonio común diferente de los patrimonios propios de los consortes y cuya representación exclusiva y plena corresponde al marido como una de las funciones que la ley le asigna dentro del matrimonio, sin que el dominio de cada cónyuge sobre bienes o partes determinadas o alicuotas se precise sino al liquidarse la sociedad por las causas que la ley establece. La mujer sólo en los casos de excepción que señala la ley puede tener la administración de la sociedad legal.

"208: Ninguno de los cónyuges puede considerarse como tercero respecto de la sociedad, por lo que ve a obligaciones a cargo de ésta que afecten los bienes sociales".

"209: La propiedad y la administración de bienes adquiridos por con sortes domiciliados o no dentro del Estado, pero cuyo matrimonio se celebró fuera de él bajo capitulaciones matrimoniales expresas, se registrará por lo que tales capitulaciones establezcan".

"210: Tratándose de matrimonios celebrados fuera del Estado bajo régimen económico presunto, la propiedad y administración de los bienes que los consortes adquieran y que se encuentren ubicados en el Estado de Jalisco

co, se regirán por las disposiciones de este capítulo".

"215: Los gastos que se hubieren hecho para hacer efectivo el título, serán a cargo del dueño de él".

"216: Son propios los bienes adquiridos por compra o permuta de los raíces que pertenezcan a los cónyuges, para adquirir otros también raíces- que se sustituyan en lugar de los vendidos o permutados".

"217: Cuando se vendan los bienes inmuebles propios de uno de los cónyuges y su precio no se invierta en comprar otros inmuebles, el precio- adquirido se considerará como propio del cónyuge dueño de los bienes vendi- dos, si éstos entraron a la sociedad conyugal sin ser estimados; repután- dose como ganancias o pérdidas de la sociedad, el aumento o disminución - que hayan tenido al ser enajenados".

"218: Es propio de cada cónyuge lo que adquiere por la consolda - ción de la propiedad y el usufructo, así como son de su cargo los gastos - que se hubieren hecho".

"223: Todos los bienes que existen en poder de cualquiera de los - cónyuges al hacer la separación de ellos, se presumen gananciales, mien - tras no se pruebe lo contrario".

"224: Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirma ser suya- una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas se estimarán pruebas - suficientes, aunque sean judiciales".

"225: La confesión en el caso del artículo que precede, se considerará como donación, que no quedará confirmada sino por la muerte del donante".

El Código Civil Español habla de la sociedad de gananciales, en los términos siguientes:

Disposiciones Generales.

"Artículo 1392: Mediante la sociedad de gananciales, el marido a la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio".

"Artículo 1393: La sociedad de gananciales empezará precisamente en el día de la celebración del matrimonio. Cualquiera estipulación en sentido contrario se tendrá por nula".

"Artículo 1394: La renuncia a esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial.

Quando la renuncia tuviere lugar por causa de separación, o después de disuelto o anulado el matrimonio, se hará constar por escritura pública y los acreedores tendrán el derecho que se les reconoce en el artículo 1001".

"Artículo 1395: La sociedad de gananciales se registrará por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello en que no se opongan a lo expresamente determinado por este capítulo".

Sección Segunda.

De los Bienes de la propiedad de cada uno de los cónyuges.

"Artículo 1396: Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:

- 1° Los que aporte al matrimonio como de su pertenencia.
- 2° Los que adquiriera, durante él por título lucrativo.
- 3° Los adquiridos por derecho de retracto o por permuta con otros bienes pertenecientes a uno solo de los cónyuges.
- 4° Los comprados con dinero exclusivo o de la mujer o del marido".

"Artículo 1397: el que diere o prometiére capital para el marido no quedará sujeto a la evicción sino en caso de fraude".

"Artículo 1398: Los bienes donados o dejados en testamento a los esposos, conjuntamente y con designación de partes determinadas, pertenecerán como dote a la mujer y al marido como capital, en la proporción determinada por el donante o testador; y a falta de designación, por mitad, - salvo lo dispuesto por el artículo 637".

"Artículo 1399: Si las donaciones fueren onerosas, se deducirán de la dote o del capital del esposo donatario el importe de las cargas, siempre que hayan sido soportadas por la sociedad de gananciales".

"Artículo 1400: En el caso de pertenecer a uno de los cónyuges algún crédito pagadero en cierto número de años o a una pensión vitalicia, - se observará lo dispuesto en los artículos 1402 y 1403 para determinar lo-

que constituya el dote y lo que forma el capital del marido".

Sección Tercera.

De los Bienes Gananciales.

"Artículo 1401: Son bienes gananciales:

1º Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bienes se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

2º Los obtenidos por la industrial, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos.

3º Los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges".

"Artículo 1402: Siempre que pertenezca a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagaderos en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital del marido o de la mujer, según a quien pertenezca el crédito".

"Artículo 1403: El derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges perpetuamente o de por vida, formará parte de sus bienes propios; pero los frutos, pensiones e intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales. Se comprende en esta disposición el usufructo que tienen los cónyuges en los bienes de sus hijos, aunque sean de-

otro matrimonio".

"Artículo 1404: Las expensas útiles hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges, mediante anticipaciones de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales.

Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca".

"Artículo 1405: Siempre que la dote o el capital de la propiedad del marido estén constituidos, en toda o en parte, por ganados que existan al disolverse la sociedad, se reputarán gananciales las cabezas de ganado que excedan de las que fueron adoptadas al matrimonio".

"Artículo 1406: Las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego o las procedentes de otras causas que eximan la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el Código Penal".

"Artículo 1407: Se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer".

CAPITULO IV

EL DIVORCIO.

En principio daremos una breve revisión histórica de tan importante institución.

Derecho Romano. El divorcio tiene durante los primeros años de Roma características especiales acordes con las costumbres y concepciones jurídicas de aquella época, y conforme va cambiando su sentido de apreciación de la vida, así también va acomodándose la institución que nos ocupa. Es de notarse la evolución de la moralidad de este pueblo, que en un principio fue austera, al relajamiento de los tiempos de la decadencia del Imperio.

El pueblo romano como ya hemos anotado anteriormente, siempre conceptuó al matrimonio como algo más elevado que la simple legitimación de la unión de los sexos. Modestino da de esta institución una definición, de cuyos elementos puede deducirse su importancia social, "es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos". (40)

Sin embargo, pese a su relevante importancia, y salvo la época del más antiguo derecho, en Roma esta institución acusa una ausencia total de solemnidades en su forma y la completa indiferencia del Estado en su celebración. Este dato resalta más en un pueblo cuya legislación ha sido señalada

(40) Petit, Eugene. op. cit. pág. 104.

da como formalista.

En el Derecho Antiguo se distinguieron tres maneras de celebrar el matrimonio, y para cada caso una forma distinta de su disolución:

a) La *Confarreatio*. Forma llena de solemnidades litúrgicas cuya antigüedad se pierde en los orígenes religiosos de la familia. Tenía por objeto hacer pasar a la cónyuge de su familia original a la del marido. Reservado exclusivamente para los Patricios; consistió en una ceremonia que acompañaba al matrimonio, cuyo primer paso era llevar a la mujer ante el hogar del marido, donde se encontraban los penates en que todos los dioses domésticos que eran los ascendientes muertos de la familia, se hallaban colocados alrededor del fuego sagrado. Delante del Flamen Dialis los esposos ofrecían un sacrificio, hacían la libación, pronunciaban algunas oraciones y comían juntos una torta de flor de harina "*Panes Farreus*". Tras de este ceremonial religioso en que la mujer había renunciado al culto de sus dioses domésticos y admitido el del marido, pasaba a ser un nuevo miembro en la familia de éste y bajo su poder marital que la colocaba en condición de *loco filiae*.

b) La *Coemptio*. Esta forma también llevaba consigo la "*manus mariti*" sobre la mujer. Consistía en una venta imaginaria de la mujer al marido con todo el procedimiento ritual de la *mancipatio*, pero arreglado en tal forma que las palabras pronunciadas ante el *libripens* y cinco ciudadanos en calidad de testigos, produjera la *manus mariti* y no el *mancipium*.

c) Posteriormente a las anteriores formas y como una necesidad real -

surge el matrimonio por medio del usus, que era un verdadero matrimonio - consensual que se instituía por el simple transcurso de un año en que habí-
 taban juntos el hombre y la mujer. Este tipo de unión conyugal llevaba -
 aparejada también la potestad marital del hombre sobre su esposa.

Había sin embargo una posibilidad de la mujer para no caer en manus -
 del esposo, que era lo que se llamaba el trinoctium y que consistía en pa-
 sar fuera del hogar conyugal tres noches consecutivas de cada año, a fin -
 de que sin dejar ser esposa evitara caer en la potestad marital.

La disolución del vínculo matrimonial podía efectuarse de tres maneras:

- I. Por muerte de uno de los cónyuges. Que dejaba al supérstite en -
 aptitud de contraer otro.
- II. Por pérdida del connubium. O sea la aptitud legal para poder con-
 traer matrimonio, esto sucedía cuando el esposo perdía su liber-
 tad por haber caído en cautiverio.
- III. En un principio el pater-familias tuvo el derecho de imponer su -
 voluntad sobre los matrimonios que se encontraban bajo su potes-
 tad y así, los disolvía a su capricho, sin tomar el consentimien-
 to de los cónyuges. A esta situación anómala puso fin Antonio el
 Píadoso. (41)

Difarreatio. Lo que la religión había unido solamente la religión po-
 día desunir. El matrimonio por confarreatio de esencia religiosa sólo la-

(41) Petit, Eugene. op. cit. pág. 109.

difarreatio podía destruirlo.

"Los esposos que deseaban separarse aparecían por última vez ante el hogar común: un sacerdote y algunos testigos se encontraban presentes. Se ofrecían a los esposos, como en el día del casamiento, una torta de flor de harina. Pero, probablemente en vez de compartirla, la rechazaban; luego en lugar de las oraciones pronunciaban fórmulas "de un carácter extraño severo, rencoroso, espantoso"; una especie de maldición por la cual la mujer renunciaba al culto y a los dioses de su marido. Desde entonces el lazo religioso quedaba roto. Cesando la comunidad del culto, cualquiera otra comunidad cesaba de pleno derecho, y el matrimonio quedaba disuelto". (42)

Remancipatio. Esta es una forma de disolver el vínculo matrimonial contraído por coemptio o por usus. Sohm dice que es "una venta aparente en mancipium -es decir, en esclavitud-, seguida de una manumissio por el fingido comprador. La remancipatio de una mujer casada equivale exactamente a la emancipatio de una hija". (43) Disuelto el vínculo por este conducto se extinguían todos los efectos que había originado, adquiriendo la mujer la condición que gozaba con anterioridad al matrimonio.

Conforme van desenvolviéndose las costumbres romanas va perdiendo vigencia el poder marital absoluto que pesaba sobre la mujer y desarrollándose un nuevo tipo de matrimonio donde la manus mariti deja de ser consecuencia de la unión conyugal. El matrimonio sinemanus cobra vigencia y deja -

(42) Sohm, Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Editorial Gráfica Panamericana. México. 1951. 1a. Edición. pág. 204.

(43) Sohm, Rodolfo. op. cit. pág. 206.

de revestir formas solemnes para requerir solamente una declaración consensual.

Van relajándose las costumbres y a fines de la República y durante el Bajo Imperio, la institución del matrimonio perdió toda su seriedad de que estuvo investida en un principio.

El matrimonio de esta época podía disolverse bajo dos formas de divorcio:

Bona Gratia. Cuya semejanza con el divorcio por mutuo consentimiento que nuestra legislación civil sanciona en sus disposiciones, hace suponerlo como su antecedente. El Derecho Romano no exige formalidad alguna en esta clase de divorcio y se dice solamente, en vía de justificación que el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido.

Repudiación. O sea el procedimiento de la voluntad sobre el consentimiento anterior. No se requiere causal alguna para que uno de los esposos repudie al otro, basta con expresarle su deseo de no seguir viviendo en común para quedar legalmente separados.

Es el momento más decadente de las costumbres romanas en la miseria social. Podía contemplarse sin sorpresa las frecuentes escenas de poligamia, poliandria, divorcios sin causa y con causa aparente y toda clase de satisfacciones sensuales al margen de la unión legítima. Fieles testimonios históricos narran hasta que punto había degenerado la sociedad pagana y desbordado el libertinaje. Ni los ciudadanos más ilustres escaparon a la corriente caótica. Se iba a la boda, dice Tertuliano, haciéndose promesa-

de repudiarse y el divorcio era un fruto natural del matrimonio. Séneca - atestigua esta ruina moral y social cuando deja escrito que las mujeres de elevada condición cambiaban de marido como se cambiaba de traje y nombra - ban los años transcurridos de los cónsules, como había sido costumbre ha - cerlo, sino por el de los maridos que habían tenido. (44)

Ante tal podredumbre social en que se debatía Roma a fines de la Repú - blica, los emperadores cristianos no pudieron suprimir la institución del - divorcio que para entonces ya había arraigado en las costumbres y decidie - ron darle una forma más adecuada, exigiendo que para el efecto de proceder el divorcio requería que se precisaran causas legítimas de repudiación. Es - tableciendo además, a través de diversas constituciones, penas más o menos graves para el autor de alguna repudiación sin causa legítima. (45)

Con estas intervenciones de los emperadores cristianos a través de las diversas constituciones dictadas para acomodar las ideas de la nueva reli - gión en la institución del matrimonio, empieza la reglamentación jurídico - estatal de la unión conyugal y con ello a dar forma a la idea moderna del - divorcio. Por principio fueron reduciendo las causas bastante generales - que motivaban la disolución hasta encerrarlas en un número limitado, espe - cífico de ellas, posteriormente y ya cuando el cristianismo se convierte - en religión nacional se suprimen las causales y se torna indisoluble y sa - cramental el matrimonio.

Derecho Canónico. Planiol comenta que desde los primeros tiempos, la-

(44) Sohm, Rodolfo. op. cit. pág. 210.

(45) Petit, Eugene. op. cit. pág. 110.

Iglesia reaccionó con el Divorcio. (46) El fundamento de este movimiento se encuentra en la Palabra de Jesucristo, respecto a los cuales hay entre los evangelistas una marcada diferencia al parecer San Mateo parece admitir el divorcio, cuando tiene como causa el adulterio, San Marcos y San Lucas lo condenan en una forma absoluta.

La indisolubilidad del matrimonio tuvo más tarde su más ardiente defensor en San Agustín y proclamada con frecuencia por los concilios, a partir del siglo VIII.

En el siglo XVI, la Reforma provocó un movimiento vigoroso en pro del divorcio, que fue restablecido en los países protestantes. Llegó a sobrepasarse en texto del Evangelio, autorizando el divorcio en otros casos, además de aquellos en que existiese adulterio de la mujer.

En la época de la Revolución Francesa que consideraba el matrimonio como un contrato civil, se admite el divorcio en la legislación surgida de este movimiento, concediéndolo con gran facilidad, no sólo por consentimiento mutuo sino hasta por simple incompatibilidad de caracteres alegada por uno solo de los esposos, y enseguida, crea numerosos disolventes, como la locura, la desaparición de uno de los esposos por más de cinco años, etc., según aparece en la Ley de Septiembre de 1792.

Posteriormente, las leyes dadas en la materia oscilaron entre la supre

(46) Cfr. Planiol, Manuel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Volumen IV. Editorial Cajica. Puebla México. 1946. 1a. Edición. pág. 14.

sión y el restablecimiento del divorcio según las agitadas corrientes de -
la época en Francia.

En Inglaterra explica José Justín Franco (47) en materia de divorcio, se gufanse las normas de derecho canónico. El matrimonio se disolvía cuando existía causa para declarar la nulidad del mismo, únicamente se permitía el divorcio limitado o sea la separación de cuerpos de los cónyuges - más el Parlamento Inglés fuente de todo derecho en aquel país, tenía facultad de otorgar divorcios.

"La tradición jurídica Española únicamente aceptaba el divorcio sin disolución vincular siguiendo las orientaciones de Derecho Canónico y de acuerdo con sus antecedentes legislativos de las Doce Partidas. Hasta que la Constitución de la República cambia radicalmente el punto de vista sobre este problema y establece en su artículo 43 que el matrimonio "podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa, dándose así vida en la legislación Hispánica al divorcio absoluto o vincular, reglamentándose éste en la Ley de Divorcio, expedida en 1932, regulándose asimismo en dicho cuerpo legal el divorcio relativo, es decir, la separación de cuerpos.

Contiene esta ley una generosa legislación de causales de divorcio y da un tratamiento igualatorio al marido y a la esposa dentro de la reglamentación del aspecto patrimonial del divorcio". (48)

(47) Justin Franco, José. Leyes de Matrimonio, Separación y Divorcio en los Estados Unidos. Edit. Jus. Nueva York. E.U.A. 1955. 2a. Edic. pág. 32.

(48) Castan Tobeñas, José. Derecho Civil Común y Foral. Tomo I. Editorial Reus. Madrid, España 1958. 3a. Edición. pág. 123.

Evolución del Divorcio en la Legislación Mexicana.

Derecho Azteca. George Vaillant, informa que la organización familiar de los Aztecas está fundada en el matrimonio poligámico y disoluble, teniendo su razón de ser la primera característica mencionada, en virtud de las constantes mermas que producían las contiendas, del componente masculino de la sociedad. Respecto a la segunda característica apuntada, hay que agregar que a pesar de estar admitida la solución del vínculo conyugal, era ésta sin embargo, obtenida después de vencer graves obstáculos judiciales que se les imponían a los cónyuges. (49)

Respecto a la causa de obtención del divorcio dice Vaillant ya citado, (50) "un hombre podía obtener el derecho de arrojar a su mujer de su casa, en caso de esterilidad, si sufría mal carácter continuo o si descuidaba sus deberes domésticos. La mujer podía liberarse de su marido, cuando no pudiera sostenerla o educar a los hijos o cuando la maltratara físicamente". "La posterior unión de los cónyuges divorciados era castigada con la pena de muerte". (51)

Epoca de la Colonia. Con la conquista se tuvo la intención de parte de los conquistadores de imponer sus costumbres y principalmente la religión católica respecto del divorcio vincular, cabe decir que no fue admitido por las leyes coloniales, que eran por lo general las promulgadas en la metrópoli, normándose únicamente el divorcio relativo, y ésta era la única

(49) Vaillant, George. La Civilización Azteca. Fondo de Cultura Económica. México. 1970. Traducción. 6a. Edición. pág. 142.

(50) Vaillant, George. op. cit. pág. 144.

(51) Esquivel Obregón. op. cit. pág. 366.

forma de relajamiento del sacramento del matrimonio, reglamentaron esta - institución en la Nueva España, la legislación de la nueva recopilación, - así como sus antecedentes y el 23 de marzo de 1776 se empezó a aplicar la pragmática sanción, que regulaba el matrimonio en la Nueva España, y que - al decir de Toribio Esquivel Obregón, "recogió los diversos preceptos que - la experiencia había dictado". (52)

México Independiente. Al asumir la Nación Mexicana su soberanía en - virtud de la guerra de independencia, continuáronse considerando los pre - ceptos jurídicos españoles que no discordaban con la esencia de la Nueva - República y siguieron siendo aplicables en relación al divorcio, las nor - mas que tuvieron vigencia durante el pasado colonial.

Siguió la intransigencia religiosa, admitióse exclusivamente la profe - sión de fe de la Religión Católica, Apostólica y Romana y al mismo tiempo, siguió siendo la potestad eclesiástica la que monopolizaba la jurisdicción relativa al Estado Civil; facultad que derivada del Tercer Concilio Mexi - cano por medio del cual se autorizaba a los párrocos a registrar dentro de su competencia los actos relativos al nacimiento, matrimonio y muerte de - las personas, así como a expedir actos del estado civil.

La Reforma. Como consecuencia del movimiento de Reforma y establecer - se merced a dicho movimiento la Organización Constitucional de 1857, inspi - rada en principios liberales e individualistas, se reacciona en contra de - los privilegios eclesiásticos y la actividad legislativa tiende a este o -

(52) Esquivel Obregón. op. cit. pág. 366.

por otras cosas a reasumir la potestad estatal, respecto de los asuntos - del estado civil de las personas y el gobierno del Presidente Juárez dicta en Veracruz, el 23 de julio de 1859, la Ley sobre Matrimonio Civil y el 28 del mismo mes la Ley sobre el Estado Civil de las Personas y si esta última seculariza la forma constitutiva y probatoria del estado civil, en aquella, contractualiza el sacramento matrimonial y este concepto, es decir el de contrato de matrimonio, que siguiendo la tradición liberal pretendía explicar la naturaleza de todas y cada una de las instituciones jurídicas, - fue de fácil arraigo en la terminología forense de nuestro país, creando - una confusión sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.

A pesar de la tendencia individualista de las leyes de Reforma que reglamentaron las consecuencias del matrimonio, siguió nuestro derecho admitiendo la doctrina canónica de oposición al rompimiento del vínculo conyugal y únicamente sancionaba el divorcio relativo, preceptuando el artículo 20 de la Ley de Junio de 1858 lo siguiente: "El divorcio temporal y en ningún caso deja hábiles a las personas para constituir nuevo matrimonio, - mientras vive alguno de los cónyuges". En la circular que se acompaña a - la Ley al ser enunciada para su observancia a los gobernadores de los estados, se dieron a conocer los principios que rigieron la elaboración de la misma, "sin embargo, se ha prohibido expresamente como era su deber la realización de otro enlace mientras viva alguno de los divorciados. Garantizando el lazo conyugal hasta en estos casos ciertamente graves, la familia conservará el amparo que le dió la naturaleza y que le consagró la sociedad.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1870, reglamenta la sepa-

ración de cuerpos, denominándose divorcio y definiéndola con mayor propiedad que las leyes de reofirma al establecer en su artículo 239: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos de este Código".

Merced a la adición hecha a la Constitución General de la República con fecha 15 de diciembre de 1873, se elevó a rango de precepto constitucional el principio de la naturaleza contractual y eminentemente civil del matrimonio y al efecto se dice en el artículo segundo de tal edición lo siguiente: "El matrimonio es un contrato civil, este y los demás actos del estado civil de las personas son de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades de orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas le atribuyan".

En la reglamentación de dicha adición a la Carta Magna, estableció que la disolución del matrimonio solo podía operarse por la muerte de uno de los cónyuges y se autorizaba así mismo la figura del divorcio no vincular.

Los Gobiernos de la Revolución. Obtenido el triunfo de la Revolución Mexicana, pero aún en plena lucha de los distintos sectores revolucionarios entre sí, por el logro del poder, el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, dicta en Veracruz un Decreto de fecha 29 de diciembre de 1914, reformando la Ley de 1874 en la fracción novena del artículo 23, admitiendo la figura del divorcio vincular ya fuera por mutuo consentimiento o "por causas que hagan imposible e indebido la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan -

irreparable la desavenencia conyugal".

Las razones que motivaron dicha disposición quedan de manifiesto en los considerandos del Decreto que se ha mencionado, aduciéndose que la simple separación de los cónyuges era contraria a la naturaleza del ser humano; también se consideró el carácter importantísimo de la voluntad de los cónyuges para dejar de cumplir por mutuo acuerdo el contrato de matrimonio y además se trajo a colación de experiencia jurídica sobre esta Institución en los países cultos, con la cual se muestra favorable a la admisión de la figura jurídica del divorcio como disolvente de la relación conyugal. También se hace mención al carácter excepcional del divorcio al decir "Que si bien la aceptación del divorcio que disuelve el vínculo es el medio de corregir una necesidad social debe tenerse en cuenta que sólo se trata de un caso de excepción".

Los principios rectores de la Institución, deben pues tener una interpretación eminentemente restrictiva en atención a las consideraciones del Decreto que se comenta.

El artículo 2º de la misma disposición de 29 de diciembre de 1914, autoriza a los Gobernadores de los Estados para reformar las leyes locales, con el fin de que este ordenamiento tuviera aplicación.

Nuestra legislación actual en materia civil igual que las anteriores de 1870 y 1884, e incluyendo la importante Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, no define en su naturaleza y esencia al divorcio. Apenas si en sus efectos el Código Civil vigente nos lo menciona y al tenor de su arti-

culo 266, advertimos que "Disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". Pero en la mención por sus efectos, que del divorcio hacen los tres Códigos de la materia, que señalamos claramente se observa que la finalidad de esta institución ha sufrido cambios fundamentales, pues a partir del triunfo del ejército constitucionalista y ya en el poder don Venustiano Carranza, nuestra legislación se beneficia y acomoda a los nuevos pensamientos doctrinarios. Es a partir de la promulgación de la Ley Sobre Relaciones Familiares, cuando el concepto del divorcio adquiere una significación nueva que rebasa las consecuencias jurídicas que hasta entonces había tenido y va más allá de suspender sólo algunas de las obligaciones civiles del matrimonio, y resueltamente lo disuelve.

Son estas nuevas consecuencias las que van más acordes con el significado etimológico de la palabra divorcio. DIVERTERE O DIVORTERE (53) que es separarse, apartarse, tomar caminos distintos. Aplicado al terreno jurídico esta significación viene a ser la ruptura del vínculo matrimonial decretado por autoridad competente y siempre a petición de parte, que vienen a ser ambos cónyuges voluntariamente o uno solo por necesidad.

Debe hacerse mención subrayada de una causa natural, distinta completamente del divorcio, que también disuelve el vínculo del matrimonio. La muerte de cualquiera de los cónyuges. Los efectos son interesantes por su similitud aparente con los de la institución que nos ocupa; pues en ambos casos hay disolución del matrimonio y aptitud para el cónyuge superviviente -

(53) Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana. Madrid, España. 1959. pág. 179.

en su caso o de ambos cónyuges, para celebrar nupcias futuras. Pero ésta es una similitud muy superficial, ya que advertimos que en el divorcio -ruptura del vínculo es en vida de los consortes y las relaciones obligacionales entre ambos no terminan totalmente y tanto es así que, en los casos de divorcio necesario el Juez condena al cónyuge culpable a determinadas prestaciones para el inocente, amén de los derechos que pierde por la misma situación de irresponsabilidad en que se ha colocado; si es voluntario subsisten ciertas relaciones jurídicas entre las partes que se sancionan a través de un convenio que la Ley exige para que pueda decretarse esta clase de divorcio. Pero siempre en ambas clases de divorcio la disolución -vincular no deja de ser perfecta, pues las obligaciones de carácter patrimonial que surgen al dictarse Sentencia, sólo es resultado de la protección estatal al matrimonio y a los frutos de éste, por su carácter de institución de interés público.

Es pues una verdadera disolución del vínculo del matrimonio la que se decreta en vía de divorcio.

Por muerte de cualquiera de los cónyuges el matrimonio más que disolverse se extingue. Acá no hay voluntad de separarse, simplemente el consentimiento se desvanece y la finalidad se hace imposible. El matrimonio en esta situación se vuelve inexistente y deja de ser sin dar cabida a la disolución. Acá las relaciones obligacionales de carácter patrimonial subsisten plenamente y se amparan con el monto hereditario de los bienes del fallecido.

Además de la anterior forma de disolución del vínculo matrimonial aje-

na al divorcio, pueden mencionarse los casos en que por anulabilidad o nulidad absoluta, se deja a los cónyuges libres del lazo legal que los une y en aptitud para celebrar otro. Acá tampoco puede hablarse con propiedad de ruptura del vínculo matrimonial, ya que en los casos de anulabilidad, bien por vicios del consentimiento (error, violencia) o por falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad en los casos que la Ley lo exige, los efectos producidos por el matrimonio se presumen provisionales hasta que el titular de la Acción de nulidad acude ante los Tribunales y logra la Sentencia respectiva. En los casos de nulidad absoluta del matrimonio, efectos aparentes se producen provisionalmente, pero llegan a ser desvanecidos por la Sentencia decretada a petición de parte o de un tercero.

No hay pues disolución por ruptura en los casos que se mencionan, sino que hay desvanecimiento de los efectos producidos en forma provisional. A este respecto Planiol nos dice, "la disolución del matrimonio supone la validez de éste. El matrimonio nulo no se disuelve; al reconocerse su nulidad, se reconoce al mismo tiempo que nunca ha producido efectos, o bien, - que los que había producido si únicamente era anulable, se extinguen retroactivamente. Todo esto salvo la teoría de los matrimonios putativos".-

(54)

Es interesante señalar además, para dejar bien definida la posición y alcance del concepto de divorcio frente al matrimonio, que no es en sí mismo, como se ha confundido, la causa de la disolución sino que obra solamen

(54) Planiol, Marcel. op. cit. pág. 454.

te como un remedio a evitar males peores. Es la culminación de una serie de factores y circunstancias desgraciadas surgidas durante la vida marital. Es sólo un acto jurídico motivado por las partes.

Del divorcio Bonnecase ha dicho que "es la ruptura de un matrimonio v^á lido, en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial". (55)

Apreciando tal definición la encontramos compatible plenamente al espíritu de nuestra legislación. Hallamos dentro de su contenido la ruptura del vínculo que une a los cónyuges, con el requisito previo de ser legal el matrimonio; además para que el acto que disuelva al matrimonio sea el divorcio requiere ser promovido por los cónyuges, basarse en causas que la Ley específicamente señale y tener como fuente de emanación una Sentencia judicial decretada por la autoridad competente.

Similar en su contenido a la anterior definición que Bonnecase nos da del divorcio; otros estudiosos como Colín y Capitant, dicen que "el divorcio es la disolución del matrimonio, viviendo los dos esposos a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la Ley". (56)

Tanto la anterior definición como la enunciada por Bonnecase, se hermanan plenamente en sus elementos. Son dos definiciones que adquieren carta

(55) Bonnecase, Julian. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Cajica. Puebla, México. 1953. 2a. Edición. pág. 552

(56) Colín y Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. Editorial Reus.- Madrid, España. 1952. 5a. Edición. pág. 436.

de naturalización en cualquier país que admita la institución del divorcio vincular.

Existe una segunda posición respecto del punto de vista del divorcio, en cuanto a sus efectos. Es la misma apreciación de los Códigos Civiles que han precedido al de 1928, y que en muchas legislaciones la consideran como una verdad válida y conveniente. Es el divorcio relativo. Así llamado por sus consecuencias. No se considera en este sentido al divorcio, como una causa capaz de disolver el vínculo legal del matrimonio, pues apenas sí suspende algunos de los derechos que los cónyuges se deben. Decretada la Sentencia sólo produce efectos de separación definitiva o temporal pero ninguno de los esposos queda en aptitud de contraer nuevo matrimonio; sin embargo, el derecho de la vida en común se extingue. Todos los efectos del divorcio, ya sea en cuanto a las personas de los cónyuges, respecto de los hijos habidos del matrimonio, o en relación a los bienes, se producen intensamente como en el vincular.

Los países que restringen al divorcio en sus efectos, se han fundamentado para hacerlo, en que "ninguna razón de orden general y objetivo puede legitimar la admisión del divorcio, como causa de disolución del matrimonio. Los motivos marcados desde el punto de vista teórico y desde el punto de vista práctico, no tienen valor decisivo en moral. El divorcio es absolutamente condenado por la ley moral y en consecuencia, por el derecho natural". (57) Son los principios de su tradición religiosa los que influyen de manera determinante en las instituciones jurídicas. España, Por

(57) Valverde y Valverde, Calixto. Derecho Civil Español. España. 1921. - 2a. Edición. pág. 174.

tugal e Italia podrian ser los ejemplos típicos de estos países donde el divorcio relativo se conserva plenamente funcional a las exigencias de su vida social.

Los Estados que sí admiten dentro de sus legislaciones al divorcio vincular o perfecto, conservan aún rasgos del divorcio relativo a través de la institución de la separación de cuerpos. Colín y Capitant la definen como "el estado de dos esposos que han sido dispensados de vivir juntos por una decisión judicial". (58) A este respecto el Código Civil vigente en sus artículos 277 y 267 fracción VI y VII, por razones de salubridad y protección contra la degeneración de la especie, permite que el cónyuge sano pueda quedar exento de la obligación de cohabitar con su consorte afectado por "enfermedad crónica e incurable" o "enajenación mental incurable", sin necesidad de llegar a la disolución del vínculo matrimonial. En esta hipótesis, el juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio. Es en nuestro Derecho, más que por falta definitiva de voluntad de los cónyuges de permanecer unidos en matrimonio, razones de salubridad, cuidado y protección en la proliferación de la raza lo que justifica la existencia de la separación de cuerpos. La restricción de los casos para su aplicación en la legislación mexicana, no es tal si se toma en cuenta la finalidad para la cual fue instituida.

Distante de la razón de existencia de la separación mexicana, Francia-país de gloriosa tradición jurídica, ha admitido al lado del divorcio vin-

(58) Colín y Capitant. op. cit. pág. 436.

cular la separación de cuerpos. Con muchas vicisitudes en la historia jurídica francesa, esta institución existe actualmente corriendo aparejada con el divorcio para ganarle en positividad.

En un principio este país influido por el Derecho Canónico admitía solamente la separación de cuerpos como remedio único a las desavenencias conyugales; beneficiando especialmente a la mujer en virtud de que ésta podía pedir la separación por toda clase de causas, en tanto que el marido sólo podía hacerlo por adulterio de la esposa. Nunca la separación era motivada por el consentimiento mutuo, siempre la causa había de ser necesaria. Con la llegada del período revolucionario la indisolubilidad del matrimonio por su naturaleza sacramental se eclipsa y apaga. El Estado reaccionando ante toda situación anterior da al matrimonio un carácter contractual y le agrega la disolución vincular a través del divorcio perfecto; y no conforme con estas medidas va al extremo haciendo desaparecer la separación corporal por considerarla de origen confesional. Pasado el fervor revolucionario, los redactores del Código Civil de 1884 admiten nuevamente la separación de cuerpos, reglamentada especialmente para aquellos matrimonios cuyas ideas religiosas les impedían llegar al divorcio, señalando las mismas causas para ambas instituciones.

Con posterioridad y en las diversas leyes que se han venido sucediendo la separación de cuerpos ha subsistido, aunque los propósitos que la fundamentan varíen constantemente; así la ley del 6 de febrero de 1893 modifica esta institución con el deliberado propósito de "disminuir el número de divorcios, atrayendo hacia el régimen de la separación de cuerpos a un cierto número de esposas desgraciadas". Atracción que consiste en conce-

der a la separación de cuerpos determinadas ventajas del divorcio. Las modificaciones posteriores han sido con el objeto definido de contrarrestar las cada vez más crecientes demandas de divorcio.

La separación de cuerpos actualmente, en los países donde es admisible el divorcio vincular representa los resagos de un divorcio relativo que se niega a desaparecer por ser todavía satisfactoriamente funcional. Los motivos que lo fundamentan varían de un Estado a otro lo que hace suponer que no es posible por el momento prescindir de él; más sin embargo, su aplicación va siendo cada vez más escasa al influjo de la poderosa atracción que ejerce el divorcio.

El divorcio en su concepción jurídica, limpia de toda posible confusión con instituciones análogas, viene a ser la ruptura del vínculo matrimonial, decretada por autoridad competente, en vida de los cónyuges, y a petición de ambos o de uno solo basado en causas específicamente determinadas en la Ley.

A) TIPOS.

Con la expedición de la Ley Sobre Relaciones Familiares, el 9 de abril de 1917; vino un cambio radical en la apreciación jurídica que sobre la naturaleza del matrimonio se tenía, al decir en su artículo 13 que, 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". Con esta nueva concepción del matrimonio, el divorcio que hasta entonces se limitaba a suspender determinadas obligaciones, es orientado hacia rumbos más acordes con la naturaleza del lazo conyugal; y así en su artículo 75, dice la mencionada Ley que "el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Del articulado de la Ley Sobre Relaciones Familiares, se desprenden dos formas de disolución del vínculo matrimonial:

- a) Divorcio necesario. Cuyas causales se hallan específicamente determinadas en la Ley.
- b) Divorcio voluntario. Donde ajena a las causales legales, la voluntad de separarse es suficiente para disolver judicialmente el vínculo matrimonial.

Esta Ley fue derogada e incorporados sus preceptos, con ligeras variantes, a nuestro actual Código Civil para el Distrito Federal e igualmente y casi en forma literal por la mayoría de los demás Códigos de la República.

Del contenido de nuestra legislación actual puede hacerse una clasifi-

cación de los diferentes tipos de divorcio:

- I. En razón de la autoridad que interviene;
 - a) Divorcio Administrativo. Que se efectúa ante el Oficial del Registro Civil, y procede solamente en un caso determinado;
 - b) Divorcio Judicial. Cuando se lleva a cabo ante el Juez de Primera Instancia del domicilio conyugal.

El divorcio judicial a su vez admite una subclasificación; en razón de las voluntades que lo solicitan, a saber:

- B-a) Divorcio Voluntario. Procede por un acuerdo de voluntades de ambos cónyuges para disolver el vínculo matrimonial sin necesidad de invocar ninguna causa legal.
- B-b) Divorcio Necesario. Procede a petición de uno solo de los cónyuges y basado en las causales que específicamente enumera la Ley.

Divorcio Administrativo. Esta clase de divorcio es nueva en nuestra legislación y carece de antecedentes dentro de la historia del Derecho Mexicano.

Su enunciación por el artículo 272 del Código Civil vigente se halla respaldada por la exposición de motivos del mismo Código, bajo la argumentación siguiente: "El divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio.

Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos o terceros, no se dificulten innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos".

Sin embargo, no debemos dejar de considerar que el matrimonio es por sobre todo una institución de interés social y el legislador al reglamentar su disolución, no debe aislarse en la contemplación de los intereses privados. Debe ir más allá, debe suponer que la posibilidad del divorcio-fácil, lo provoca. Tergiversa los fines del matrimonio, pues da base a las uniones precipitadas y a los matrimonios de ensayo que tan en boga parecen estar en los medios artísticos y en las llamadas altas esferas sociales.

Para que proceda el divorcio ante el Oficial del Registro Civil, la Ley señala los requisitos que deben llenarse:

- a) Que los cónyuges sean mayores de edad.
- b) Que no hayan procreado hijos durante el matrimonio.
- c) Que hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.
- d) Que manifiesten su voluntad explícita y terminante de divorciarse.

Su procedimiento lo regula el mismo artículo 272, en los términos siguientes: los cónyuges deben presentarse personalmente ante el Oficial del Registro Civil de su domicilio; como medio de prueba presentarán co -

pia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento, ésta para el efecto de acreditar su mayoría de edad, y manifestarán al mismo funcionario - que es su voluntad libre, terminante y explícita de disolver el vínculo matrimonial. Que consideran de su competencia la disolución solicitada por encontrarse en el caso previsto y regulado por el artículo 272 del Código Civil.

Comprobada plenamente la identidad de los solicitantes, el representante del Estado procederá a levantar un acta donde se hará constar la solicitud de divorcio, y acto seguido citará a los cónyuges para el efecto de - que la ratifiquen a los quince días. Si se presentan aquellos a ratificar su solicitud, el funcionario hará la declaratoria de divorcio, ordenando - nuestra Ley que se levante el acta respectiva y se anote en la del matrimonio anterior.

Como se logra apreciar la tramitación de esta clase de divorcio es bastante sencilla y atractiva. Resulta más cansado el trámite para la celebración del matrimonio que para su misma disolución.

Divorcio Necesario. Es el que se tramita ante un Juez de Primera Instancia del domicilio conyugal, mediante demanda presentada por uno de los esposos y apoyada en cualquiera de las fracciones del artículo 267 del Código Civil.

El procedimiento a seguir en esta clase de divorcio se halla sujeto a las reglas establecidas para el juicio ordinario civil, que al parecer es inadecuado para regular el tema que nos ocupa. Pues si el matrimonio cuya

naturaleza como institución de interés público es indiscutible, viene a ser el fundamento creador de la familia y ésta la base de la sociedad: su disolución no debiera conseguirse por medio de un procedimiento que la Ley ha establecido para resolver el común de las controversias surgidas con motivo de las fricciones en las relaciones diarias de la vida social, sino procurar un procedimiento especial que el mismo interés social del matrimonio exige.

Las reglas procesales en el juicio ordinario civil, se encuentran adecuadas a garantizar una fría imparcialidad y seguridad en cualquier controversia; mas sin embargo, un juicio de divorcio no es precisamente una controversia donde la obscuridad del mejor derecho lo motive. No es una simple situación abstracta de dar a cada quien lo suyo, lo que va a dilucidarse; sino es el fundamento social creador de la familia y realización de las tendencias más naturales y trascendentes de nuestro ser. Es el matrimonio, la familia, la sociedad misma que se enjuicia.

El juicio de divorcio es por su interés social, un juicio cuya trascendencia rebasa y va más allá de la moldura ordinaria adecuada solamente para los comunes.

El Código de Procedimientos Civiles, admite junto a la demanda inicial el derecho a una contestación, para los efectos de fijar la litis; todo esto dentro de los términos fatales rigurosamente señalados. Los puntos de controversia se fijan indudablemente en esta fase. Pero si bien para una contestación ordinaria puede ser adecuada esta forma procesal llena de

garantías; no lo es así para un juicio donde el Estado debe pugnar en todo el proceso para limar los ánimos de cualquier aspereza.

Los escritos que fijan la litis psicológicamente vuelve a las partes - en agresivos, donde el posible espíritu de conciliación que pudiera haberse transforma en resentimiento a la contraria. Además el término que se señala para producir estos escritos puede ser suficiente a otras clases de controversias, pero no así para el divorcio donde los cónyuges deben meditar más detenidamente acerca del grave resultado que ocasionará en la vida de sus hijos y en la de ellos mismos, culpables o inocentes, la disolución del matrimonio. Dar con la ampliación de los términos oportunidad a que los ánimos caldeados se enfrien y los rencores se aplaquen a efecto de que los esposos puedan con más serenidad y conciencia resolver sus problemas y llevar hasta los tribunales nada más aquellos cuya única solución es ésa, - el divorcio.

Posiblemente la idea de aumentar los términos no produzca los resultados deseados; pero por lo menos se habrá prolongado más la secuela del - procedimiento, y esto con el interés de no simplificar demasiado el juicio ordinario cuando se trate de divorcio.

Además es conveniente la existencia de dos juntas de avenencia durante el procedimiento, ya que si el divorcio voluntario como el necesario, son - la consecuencia de alguna desavenencia surgida durante la vida matrimonial, no hay razón para que las juntas se celebren solamente cuando se trate de - divorcio voluntario.

Podrían ser dos las juntas de avenimiento que existieran durante el pro

ceso. La primera se celebraría de acuerdo a lo que señala el artículo -- 272-A del Código de Procedimientos Civiles; y la segunda junta, bien podría ser antes de citarse para sentencia y fuera en sustitución del período de alegatos, los que son inconvenientes en los casos de divorcio.

Un procedimiento especial para el divorcio necesario sería lo conveniente; donde los cónyuges que pretendieran divorciarse encontrarán que por sobre el interés personal el proceso tendiera a proteger la institución que trata de disolverse, creando barreras y obstáculos difíciles de salvar. Que el divorcio no se obtenga sino con cierta dificultad para los esposos ya que el interés social del matrimonio exige una atención procesal más enérgica y adecuada.

Causales Específicas del Divorcio. Ya hemos manifestado que el divorcio necesario procede sólo mediante demanda de uno de los cónyuges y basado en las causales que la Ley enumera limitativamente. No es posible invocar alguna otra causal que no se encuentre mencionada en nuestro Código Civil.

Al efecto, son 18 las causas enumeradas por el artículo 267 del citado ordenamiento legal, que son posibles de encuadrar dentro de la clasificación que Luis Fernández Clérigo hace en su libro "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada". (59)

Son cinco los grandes grupos en que divide las causales de divorcio:

(59) Cfr. Fernández Clérigo, Luis. op. cit. pág. 136.

a) Causas Criminológicas. Que lo constituyen aquellos actos u omisiones de los cónyuges que pueden entrañar una responsabilidad penal, o que por el grado de inmoralidad de su contenido constituyen una amenaza a la integridad física y psíquica del hogar; y dentro de la cual encuadran: el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges; la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer; los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción; la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro; la negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacerse efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166; la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenía que sufrir una pena de prisión mayor de dos años; cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratase de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalados en la Ley una pena que pase de un año de prisión;

b) Causas simplemente culposas. Que comprende aquellos actos u omisiones imprudentes de los cónyuges que hacen imposible el cumplimiento de los fines naturales del matrimonio. En este grupo encontramos: la separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pe -

dir el divorcio, si se prolonga por más de dos años sin que el cónyuge - que se separó entable la demanda de divorcio; al respecto también se puede ubicar dentro de estas causas la fracción XVIII del artículo citado que a la letra dice: "La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos".

c) Causas Eugenésicas. Estas causas lo constituyen aquellos estados agudos de alteración física o mental que impiden una saludable comunión matrimonial y que, por contacto directo o transmisión hereditaria, pueden - afectar al otro cónyuge o a su descendencia. Lo integran las siguientes - causas: padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia - incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio; padecer enajenación mental incurable; los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido o persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.

d) Causas Objetivas. Lo constituyen aquellos estados de los cónyuges, que aún siendo independientes de su voluntad, son causas del incumplimiento de la vida común impuesta por la institución del matrimonio. Una - sola causa es en nuestra legislación: la declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que - no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia.

e) Causas Indeterminadas. "La relajación del vínculo conyugal que, - por múltiples motivos, imputables o no a uno de los cónyuges, llegue a ha-

cer insoportable la convivencia, y la perturbación de las relaciones con -yugales, que culposa o no, pueda llevar al mismo resultado". (60) Dentro de este grupo podemos anotar el mutuo consentimiento.

El contenido del artículo 268, nos hace ver la existencia de una penúltima causal que procede solamente cuando el cónyuge que demandando el divorcio, no logra justificar la causa o haya resulta insuficiente; pues en tonces toca al cónyuge demandado, pasado el tercer mes de habersele notificado la última Sentencia, pedir a su vez el divorcio. La Ley en este caso obrando con justicia y equidad, sale en defensa de la dignidad del ofendido dándole la oportunidad de separarse, en su beneficio, del cónyuge que -prácticamente lo ha repudiado.

Divorcio Voluntario. Esta clase de divorcio tiene como antecedente remoto, el establecido en el Derecho Romano bajo la denominación de Bona Gracia, donde sin existir formalidad alguna para su aplicación, era suficiente el consentimiento de los esposos. Sin embargo, su antecedente inmediato y directo dentro de su regulación jurídica actual lo encontramos en las leyes emanadas de la Revolución Francesa.

La Ley de 1792, lo reglamenta por vez primera aunque en forma somera -al argumentar que "Como los esposos están de acuerdo para separarse, se había considerado inútil la intervención del tribunal, limitándose el legislador a rodear este divorcio de algunas precauciones, destinadas a impedir la ruptura demasiado fácil del matrimonio; las principales consistían en-

(60) Fernández Clérigo, Luis. op. cit. pág. 137.

plazos sucesivos impuestos a los esposos y en su comparecencia ante una -
asamblea compuesta de seis parientes o amigos". (61) Posteriormente el -
Código de Napoleón lo regula más severamente rodeándolo de suficientes ga-
rantías que impidieron su abuso. En aquel entonces se alegó a su favor -
que la existencia del mutuo consentimiento evidenciaba ya la presencia de-
causas reales ocultas, que los esposos preferían guardar en secreto, en -
vez de exhibir la vergüenza de su fracaso ante el escándalo social, por lo
que debería dispensárseles no revelar los motivos de su separación.

En la legislación mexicana nuestros Códigos de 1870 y 1884 lo admiten,
aunque solamente para el efecto de suspender determinadas obligaciones ma-
trimoniales y no como divorcio vincular.

El Código Civil actual basado en la Ley Sobre Relaciones Familiares, -
lo admite en la fracción XVII de su artículo 267. El divorcio por mutuo -
consenso procede cuando los esposos de común acuerdo acuden ante el Juez -
de Primera Instancia de su domicilio conyugal, solicitando la disolución -
del vínculo que los une, sin necesidad de fundarse en ninguna de las causa
les que la ley enumera.

Para este tipo de divorcio el legislador concedió en el Código de Pro-
cedimientos Civiles, un título completo que encierra el procedimiento espe-
cial a que lo sometió. Señala en su artículo 674 que los cónyuges que vo-
luntariamente deseen divorciarse deberán acudir al tribunal competente, -
acompañando a su solicitud una copia certificada del acta de su matrimonio

(61) Planiol. op. cit. pág. 23.

así como las de nacimiento de los hijos habidos y un convenio en los términos del artículo 273 del Código Civil.

Realmente más que un convenio lo que se acompaña en este juicio es un proyecto que está sujeto a las objeciones que de él haga el Ministerio Público en función de representante social. La finalidad primordial de este proyecto de convenio es garantizar los derechos de los menores o incapacitados, y secundariamente los intereses de los cónyuges y la administración y liquidación de la sociedad conyugal. Su total contenido versa sobre los cinco puntos siguientes:

- I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.
- II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.
- III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.
- IV. En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo.
- V. La manera de administrar durante el procedimiento la sociedad conyugal y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad (artículo 273 del Código Civil vigente).

El procedimiento para obtener esta clase de divorcio es bastante sencillo y muy rápido; tal parece que nuestros legisladores corrieron prisa en la aprobación de esta parte del proyecto del Código. Fue suficiente que consideraran garantizados los intereses monetarios de los hijos habidos en el matrimonio, para creer cumplida su misión.

Dos juntas de avenencia y la aprobación de un convenio bastaron para considerar innecesario el matrimonio y decretar su disolución. Llamaron más el interés las normas del procedimiento que la institución misma que iba a disolverse con ese procedimiento. Debieron tomar en cuenta que los derechos de los hijos no se satisfacen con sólo el aseguramiento de alimentos y con base en ello hacer más difícil y prolongado el divorcio, que los cónyuges viendo obstáculos por esta vía seguramente procurarán resolver las complicaciones de su vida matrimonial en forma menos radical.

Así vemos que la ley requiere que la primera junta de avenencia debe celebrarse precisamente después de los ocho, pero antes de los quince días en que el Juez de entrada a la solicitud de divorcio. En el caso de no ser posible la reconciliación en la primera junta, podrán los cónyuges solicitar una segunda que se señalará dentro de un plazo idéntico al anterior, a partir de que el tribunal conozca de esta petición; y de no ser posible tampoco la reconciliación en esta segunda junta después de que el Juez trató de averarlos, previa aprobación del convenio con la conformidad del Ministerio Público se decretará Sentencia disolviendo el vínculo matrimonial.

B) EFECTOS.

El divorcio tiene como efecto principal la disolución del vínculo matrimonial y en consecuencia producir la separación de la vida común de los esposos; ahora bien, al disolverse la forma de vida marital necesariamente tiene que producir efectos consecuentes con esta forma de vida; y así afectar a las personas de los cónyuges, a las de los hijos y a los bienes obtenidos durante la comunidad marital.

Los efectos pueden ser de carácter provisional o sea que su duración es temporal, de la fecha de la admisión de la demanda a la ejecutorización de Sentencia; y de carácter definitivo o sea que las disposiciones que contienen estos efectos resuelvan finalmente las situaciones creadas por el divorcio. Los de carácter provisional duran sólo mientras el juicio, y consisten en separar a los cónyuges, fijar el lugar donde vivirán los cónyuges; aseguramiento de alimentos; prever que el marido no cause perjuicios en bienes de su esposa; dictar medidas precautorias en caso de que la mujer quede encinta y la guarda de los hijos (artículo 282).

Los efectos definitivos se producen en:

a) Los cónyuges como una consecuencia de la disolución vincular, dejan de tener derecho a la vida en común; a oponerse a que el otro desempeñe o se dedique a cualquier actividad; a administrar la sociedad conyugal (para el caso de que bajo ese régimen se haya realizado el matrimonio). En cuanto a la ayuda mutua se transforma en obligación alimentaria para el marido si éste ha dado causa al divorcio, y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato y si es la mujer quien ha motivado la acción-

causal toca al esposo el derecho a los alimentos en el caso de estar imposibilitado para trabajar y carezca de bienes propios para subsistir. En los casos en que el cónyuge inocente sea afectado por los daños y perjuicios que el divorcio origine, toca al culpable responder de ellos como autor de un hecho ilícito (artículo 286). La pérdida de la patria potestad se resuelve en la sentencia, el Juez gozará de las más amplias facultades (artículo 283). La sucesión legítima que nació con el matrimonio se extingue conjuntamente con éste.

En los casos de divorcio necesario, señala la Ley, que el cónyuge culpable si bien recobra su capacidad para contraer nuevo matrimonio, no la puede ejercitar sino pasados dos años a partir de que se decretó el divorcio. En cuanto a los cónyuges que por mutuo consentimiento obtuvieron el divorcio, la espera para poder contraer nuevas nupcias es por un año a partir de que obtuvieron el divorcio.

b) Los Hijos. Ante el nuevo estado de cosas que origina la separación de los padres, los hijos vienen a ser las verdaderas víctimas de esa decisión; nuestros legisladores tomando en consideración esto, trataron de fijar en una serie de preceptos legales las disposiciones más adecuadas para su protección.

Cabe mencionar lo señalado por el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los Derechos y Obligaciones inherentes a la Patria Potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y en es-

pecial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El Juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso o de designar tutor".

La fallida experiencia matrimonial cuyos desastrosos efectos repercute totalmente en los hijos, hizo que la ley buscara la forma de atenuarlos a través de disposiciones benéficas que admite en las sugerencias que al respecto haga cualquier persona. Así el artículo 284, nos dice que "Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los menores".

c) Los bienes. El divorcio repercute en la esfera patrimonial de los esposos produciendo la disolución de toda comunidad de bienes existentes entre ambos.

El Licenciado Luis Fernández Clérigo en su libro anteriormente citado, hace una distinción en cuatro grupos de los efectos que se producen en cuanto a los bienes, a saber:

1. Derecho y obligación de alimentos. El derecho a los alimentos se hace gravitar sobre el cónyuge culpable y en beneficio del inocente o no culpable, pero ambos tienen la misma obligación respecto de los hijos. Esta obligación se debe garantizar plenamente con toda clase de bienes mue-

bles e inmuebles, que el deudor o deudores alimentistas tengan. El artículo 317, dice que "El aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos".

II. Indemnización y reparación moral, como consecuencia del divorcio culpable. Nuestro Código Civil no concede la reparación del daño moral, pero en la parte última del artículo 288 se establece la indemnización por daños y perjuicios... " Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

III. Restitución de donaciones. A este respecto nuestra ley ha señalado como una sanción para el cónyuge que hubiere dado causa al divorcio, la pérdida de todo aquello que se le haya dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste. En cuanto a los efectos que al cónyuge inocente puedan alcanzarle, no perjudican a las donaciones recibidas con motivo del matrimonio; pudiendo reclamar lo pactado en su provecho.

IV. Liquidación y disolución de todo sistema de comunidad de bienes y de sociedad conyugal. Nuestra legislación ha delineado dos tipos de regímenes dentro de los cuales deben decidir los contrayentes al matrimonio, la administración de sus bienes presentes y futuros: la sociedad conyugal y la separación de bienes. Si al momento de decretarse el divorcio tienen admitido el régimen de sociedad conyugal, deberá procederse a su liquidación; así como a la división de todos aquellos bienes que se tengan en común.

No encontramos dentro del estudio del divorcio amplias investigaciones que puedan orientarnos a deducir su naturaleza jurídica como en el caso del matrimonio. Ha bastado en los estudiosos de la materia conocer las causas que lo originan y señalar sus efectos y consecuencias, para presumir agotada la parte interesante de este tema; y es quizá porque el divorcio es considerado como una consecuencia eventual del matrimonio.

Para deducir la naturaleza jurídica del divorcio no podemos prescindir de su supuesto, el matrimonio. La concepción que sustenta de este supuesto nos lleva a encontrar la del divorcio. El Código Civil para el Distrito Federal se halla inspirado en la idea contractualista. Su orientación no podía ser otra, puesto que el artículo 130 de la Constitución Federal establece expresamente que el matrimonio es un contrato civil.

El matrimonio considerado como un contrato ha sido la tesis tradicional, con más o menos variantes. Autores hay que lo consideran como un contrato ordinario, así Colin y Capitant lo definen como "un contrato civil y solemne por el cual el hombre y la mujer se unen para vivir en común y prestarse mutua asistencia y socorro bajo la dirección del marido, jefe de la familia y del hogar", (62) agregando más adelante "Decimos que el matrimonio es un contrato. En efecto, de una parte es el resultado de una concordia de voluntades; por otro produce obligaciones. ¿No es esto precisamente la concepción clásica del contrato?. "Autores hay que, como Cimballi, lo conciben como un contrato sui generis, especial, que tiene una finalidad más elevada que la de los demás contratos; y otros autores hay-

(62) op. cit. pág. 314.

que lo conciben como un contrato de adhesión, donde los consortes simplemente se adhieren al estatuto que el Estado impone al matrimonio por razones de interés público". (63)

Planiol al afirmar el carácter contractual del matrimonio dice, "La idea de que el matrimonio es un contrato, es rechazada por numerosas personas. Por lo general se debe a una preocupación religiosa porque en la doctrina canónica, la institución del sacramento del matrimonio ha absorbido el contrato. Pero la Ley, que estatuye para un pueblo que practica religiones diferentes, y que comprende, al mismo tiempo, a personas que no practican ninguna, no puede hacer suya ninguna concepción religiosa. En otros autores el error se debe a una noción inexacta de la naturaleza de los contratos. Véase principalmente a Beaussire, para quien los contratos son esencialmente arbitrarios en todas sus partes, no habiendo ninguno respecto al que algunos de sus elementos, condiciones o efectos sean impuestos por la naturaleza o por la ley". (64)

Más adelante Planiol afirma, para sustentar más sólidamente su tesis, que hay que hacer una distinción entre contrato de matrimonio propiamente dicho y su consecuencia el estado matrimonial "Algunas veces se comete una confusión fácil de evitar. Se entiende por matrimonio el estado matrimonial, la condición social de los esposos. Debe advertirse necesariamente que la palabra matrimonio tiene dos sentidos: nos servimos de ella para designar, unas veces, la convención o voluntad de vivir juntos, otras el

(63) Colin y Capitant. op. cit. pág. 315.

(64) Planiol. op. cit. págs. 329 y 330.

género de vida que de ella resulta. Tomando en el segundo sentido, el matrimonio no es un contrato, sino un estado, se dice que dura, que termina: que es dichoso o desgraciado, etc., pero cuando se toma en el primer sentido, se dice que se celebra, que se rompe, que es válido o nulo, calificativos que sólo son inteligibles aplicándose a los contratos. Por tanto afirmar que el matrimonio no es un contrato equivale a jugar con las palabras, porque es un "estado de vida", que nace de un contrato, llamado también matrimonio". (65)

Con la exposición de la anterior tesis contractual que parece admitir nuestra legislación, señalamos la orientación del anteriormente citado artículo constitucional. Sin embargo, de la reglamentación que el Código Civil hace del matrimonio se desprende que junto con Planiol y Ripert, se reconoce el carácter contractual sin dejar de admitirlo en su carácter de institución.

Si se considerara jurídicamente al matrimonio como un simple contrato, sería fácil observar que ninguno de los modos de extinguir las obligaciones le es aplicable; sería absurdo pensar que acaso el divorcio tuviera la semejanza de un pago, o acaso de una compensación, o una confusión de derechos, una remisión o en el último de los casos fuera una prescripción. Algún autor mencionó alguna vez, basándose en la idea contractual del matrimonio que el divorcio no venía a ser sino la rescisión. Tal vez fuera aceptable tal tesis si en definitiva el matrimonio fuera degradado a la categoría de un simple contrato.

(65) Planiol. op. cit. pág. 331.

Respecto del divorcio se ha dicho que viene a ser una sanción específica del Derecho Familiar, aunque en determinados casos sea también un remedio que la ley concede para la hipótesis de enfermedades contagiosas o incurables, enajenación mental, impotencia, etc. Pero jurídicamente ¿qué es el divorcio? Solamente es posible señalar su naturaleza administrativa como acto que emana de autoridad judicial o administrativa. Es un acto jurídico complejo, pues ese acto de autoridad no es eficaz por sí mismo, lo que requiere del concurso inicial de la voluntad de los cónyuges o cuando menos de uno que funde su demanda en las causales que la ley señala.

El estado ideal de la vida humana es el matrimonio monogámico y vitalicio para la ayuda mutua, la conservación de la especie y la conquista de la felicidad; sin embargo, tenemos que reconocer que en la vida real se presentan una serie de problemas que se derivan de las naturales fricciones del trato constante, y aquello que pudo ser un sólido refugio lleno de amor y comprensión para los esposos, se transforma en un nido de discordias donde lo mejor que puede ocurrir es el alejarse mutuamente en busca de la felicidad ansiada.

El Estado ha tenido siempre presente los desastrosos resultados que se ocasionan ante los problemas conyugales, que alcanzan no solamente la esfera particular de cada uno de los esposos, sino que sus consecuencias trascienden a la esfera estatal y afectan la moral misma de todo un pueblo; resultando bastante peligroso, por lo tanto, la indiferencia con que sean vistos los casos en que no es posible seguir manteniendo a flote el matrimonio y haya necesidad de llegar a su disolución.

El divorcio ha sido en todas las épocas el termómetro con el que se mi

de el grado de moralidad de una nación. Podemos ver que aquellos pueblos de acentuada y profunda decadencia social y moral, tienen como primer síntoma manifiesto el relajamiento de sus costumbres; la familia sufre una descomposición orgánica cuyo fétido olor empieza a invadir el ambiente a través de un total libertinaje social; y el divorcio fácil llega a acomodarse plácidamente en el último estadio de esa desintegración.

Roma es el ejemplo donde más claramente se observa este proceso, pues de ciudad austera y estricta en sus costumbres que fue en un principio, y haber alcanzado el grado de esplendor y grandeza a que llegó, la vemos en el período del Bajo Imperio rodando por la más decadente miseria moral; y es en esta época cuando el divorcio llega a extremos inauditos; donde el matrimonio se torna temporal y sirve solamente como una mera garantía social para la unión sexual pasajera. El divorcio fácil y seductor que llega a señalar más profundamente el caos en que el pueblo romano se encontraba, vino a ser a su vez un producto natural del estado de descomposición social existente. En Francia como producto de las reformas sociales que la Revolución había traído consigo, en su Ley de 20 de septiembre de 1792; con la aparición del divorcio el pueblo francés que no se encontraba preparado para su ejercicio y ante las inmensas facilidades que se le concedían para su aplicación, cayó en un total relajamiento de sus costumbres provocándose un verdadero caos de valores, donde el abuso del divorcio era práctica diaria y normal en todas las esferas sociales; a tanto llegó este relajamiento moral que, más cautos los legisladores del Código de Napoleón procuraron una reglamentación más estricta que permitiera su existencia -- sin perjuicio de la sociedad.

Ante estos dos ejemplos, podemos ver con meridiana claridad las serias

perturbaciones que originan, la falta de reglamentación o inadecuada estructura de las disoluciones matrimoniales por parte del Estado. Lugares hay en la actualidad donde la indebida reglamentación de la ruptura del lazo conyugal los convierte en modernas Sodomas; lugares cuya celebridad se basa en ser verdaderas fábricas de divorcio. Generalmente son naciones que habiendo alcanzado su cima potencial empiezan a dar muestras de descomposición interna, y sin darse cuenta de ello dan más prisa a su decadencia permitiendo la desorganización familiar.

Siendo la familia la base sobre la cual el Estado emerge no puede dejar de pasar desapercibida su estructuración; todos los actos que la afectan tienen que estar sujetos a un ordenamiento jurídico que se crea expresamente; ahora bien, en cuanto a su disolución por vía de divorcio, que es el acto de más graves trascendencias para la colectividad, existen determinados ordenamientos cuya finalidad específica es atenuar hasta donde sea posible toda esa gama de trágicas consecuencias que se producen. El perjuicio más grande, aparte del que se causa por el solo hecho de disolverse el matrimonio, lo recienten directamente los hijos, quienes sin culpa alguna se ven privados de la dirección, apoyo moral, educación y cuidados que necesitan en las edades más difíciles que comprenden la adolescencia y la juventud, para que en el día de mañana puedan ser hombres normales, sin resentimientos ni complejos.

Así, la trascendencia del divorcio llega a las raíces mismas de la sociedad, por lo que una descuidada reglamentación podría resultar contraproducente a los fines para los cuales se instituyó.

Rafael de Pina explica de esta manera los efectos del divorcio:

"A) Efectos Provisionales:

- a) Mientras se decreta, el juez autorizará la separación de los cónyuges de manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos.
- b) Admitida la demanda, o antes si hubiere urgencia, se dictará provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:
 1. Separar a los cónyuges.
 2. Proceder por cuanto a depósito y separación de los cónyuges - en los términos del capítulo III, título V del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
 3. Señalar y asegurar los alimentos que deben darse al cónyuge acreedor y a los hijos.
 4. Dictar las medidas convenientes para que el marido no cause perjuicio en sus bienes a la mujer.
 5. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta.
 6. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio - propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, resolviendo el juez lo conveniente.

"B) Efectos Definitivos. En los casos de divorcio pleno su declaración deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio,

y fija la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes:

"1a. Cuando la causa fuese cualquiera de las señaladas con los incisos a) al e), b), m) y n), los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos lo fuesen quedarán bajo la - del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiese se nombrará tu tor.

"2a. Cuando la causa estuviere contenida en los incisos i) al l) y o), los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, - pero a la muerte de éste el culpable la recuperará. Si los dos - fuesen culpables se les suspenderá en el ejercicio de la patria - potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria po - testad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejer - za, se les nombrará tutor.

"3a. En el caso de los incisos j) y g), los hijos quedarán en poder - del cónyuge sano.

"La declaración de divorcio producen además, los efectos siguientes:

"a) Los padres, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a - todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

"b) Perder el cónyuge culpable todo lo que se le hubiere dado o pro - metido por su consorte o por otra persona en consideración a éste.

"c) La división de los bienes comunes y contribución en proporción a - la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lle -- guen a la mayor edad y a las hijas aunque sean mayores hasta que -

contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente.

- "d) El Derecho de la mujer inocente a percibir alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente, e igual derecho del marido inocente cuando esté imposibilitado y no tenga bienes propios.
- "e) Obligación del cónyuge culpable de responder de los daños y perjuicios causados a los intereses del inocente.

En los casos de divorcio menos pleno los efectos se reducen a la suspensión de la vida en común de los cónyuges". (66)

Según Rojina Villegas este es uno de los principales efectos del divorcio:

Obligación de indemnizar de un cónyuge respecto del otro. Otro efecto del divorcio consiste en que el cónyuge culpable deberá indemnizar al inocente de todos los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado por virtud del divorcio. Se comprenden en nuestro derecho los daños y perjuicios de orden patrimonial y moral, en virtud de que se considera que en el divorcio necesario el cónyuge culpable comete un hecho ilícito, y como tal obliga a reparar no sólo el daño patrimonial sino el moral, siempre y cuando éste no exceda de la tercera parte de aquél. Resulta por tanto que en los casos de divorcio, el cónyuge culpable tendrá que indemnizar los daños patrimoniales y morales, pero con el límite de que éstos no excedan de la tercera parte de aquéllos. Dice sobre el particular el artículo 288: "Ade

(66) De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil. Editorial Porrúa. Tomo I. México. 1983. 13a. Edición. págs. 343 y 344.

ya hemos enumerado y que por lo tanto no comprende las enfermedades), basta con que se causen daños al cónyuge inocente, exista o no la intención en el culpable de causarlos, haya o no culpa, para que, según el artículo 288, tenga siempre este último la obligación de repararlos. En los casos de divorcio sanción, siempre se parte de un delito, de un hecho inmoral, de actos contrarios al estado matrimonial, de ciertos vicios o finalmente, del incumplimiento de obligaciones conyugales, como causas para decretar el divorcio. En consecuencia, si por virtud del divorcio, es decir, en atención a esas causas que suponen hecho ilícito, se causaron daños, ni siquiera podrá el cónyuge culpable sostener que si bien hubo conducta ilícita en la causa de divorcio, no hubo el propósito de que por esa causa se originen daños al cónyuge inocente. La ley de plano considera, haya o no intención de causar el daño, haya o no culpa en la causación del mismo, que siempre que estemos ante una causa de divorcio sanción, existirá la obligación de reparar el daño causado. Esto lo dice claramente el artículo 288 al estatuir: "Cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito". Es decir, este precepto expresamente equipara al cónyuge culpable, con el autor del hecho ilícito". (67)

Los efectos de la sentencia de divorcio pueden ser según la doctrina argentina los siguientes:

Constantes, porque siempre acompañan a la sentencia de divorcio sin atender aspectos subjetivos u objetivos del caso concreto y porque perma-

(67) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Editorial-Porrúa. México. 1983. 6a. Edición. págs. 568 y 569.

necen inalterados mientras subsista el estado de divorciados. De acuerdo a la ley argentina de matrimonio civil son:

- 1° Subsistencia del vínculo conyugal en relación con los hijos comunes, con la obligación alimentaria entre cónyuges y del deber de fidelidad.
- 2° Cesación del deber de cohabitación, implicando el cese de colaboración mutua, elimina el débito conyugal, modificando el domicilio del cónyuge.
- 3° Disolución de la Sociedad Conyugal.

Inconstantes. Pueden producirse o no según las circunstancias y pueden ser modificados durante el período posterior a la sentencia de divorcio.

Los efectos precitados son de carácter extrapatrimonial y patrimonial.

Efectos extrapatrimoniales inconstantes son:

- A. Régimen de la tenencia de hijos.
- B. Supresión del consentimiento del cónyuge en la adopción.
- C. Acción Penal por Adulterio.
- D. Pérdida del derecho a pedir la declaración de insania del cónyuge.
- E. Falta de idoneidad del cónyuge para ejercer la curatela.
- F. Posibilidad de suprimir el apellido marital por la esposa divorciada.

Efectos Patrimoniales inconstantes son:

- I. Subsistencia o caducidad de la vocación hereditaria del cónyuge - divorciado.
- II. Régimen de alimentos.
- III. Subsistencia o extinción del derecho a pensión en las leyes de - previsión social.
- IV. Revocación de donaciones o ventajas que se hubiesen hecho o prometido por el contrato de matrimonio.
- V. Pérdida del beneficio de competencia.
- VI. Destino del bien de familia.
- VII. Derecho preferencial a ocupar la vivienda familiar.
- VIII. Responsabilidad por daños y perjuicios. (68)

(68) Cfr. Barbero, Omar V. Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1977. 1a. Edición. págs. 67- a 70.

CAPITULO V

LA ACCION DEL CONYUGE ECONOMICAMENTE NO ACTIVO, DURANTE EL MATRIMONIO PARA EL CASO DEL DIVORCIO.

A) RESPONSABILIDAD CIVIL.

El vocablo Responsabilidad se deriva del latín "responsus" participio-pasado del verbo "respondere" que significa constituirse en garante. En -
contramos en el Derecho Romano el antecedente inmediato en la sponsio, con
trato verbis empleado como un medio para dar fuerza jurídica a los conve -
nios destinados a dar origen a una obligación. Consistía en una interroga
ción del acreedor, seguida de una respuesta del deudor; el primero pre -
guntaba al segundo ¿Spondere, Spondesne? y éste contestaba Spondeo. Esta
estipulación tenía como objeto hacer surgir una obligación a cargo del in -
terpelado, con abstracción de la causa real de la obligación. Sin embargo,
como ya hemos visto, es en la Ley Aquilia donde encontramos el antecedente
más preciso de la Responsabilidad.

Antes de adentrarnos en el estudio de la Responsabilidad Civil, es ne -
cesario establecer un concepto genérico de lo que se entiende por Respons
abilidad.

Dentro de la interrelación social en que se desenvuelven los hombres, -
existen algunos actos que lesionan los patrimonios de los demás, causándo -
les daños o agravios, de lo que se deriva una obligación entre el agravia -
do y el agravante que se traduce en una obligación para el segundo de re -
parar el daño causado y un derecho para el primero de exigir la reparación

de ese daño o agravio. Este derecho y su correlativa obligación es lo que constituye el fundamento de la responsabilidad. Para poder formular un concepto genérico tomaremos como punto de partida de nuestro estudio algunas consideraciones sobre el particular que se contienen en la Enciclopedia Jurídica Española, que nos dice:

"Por lo pronto, responsabilidad significa a veces la mera susceptibilidad o capacidad abstracta de responder, aún no respondiendo ni teniendo que responder de hecho a nadie, por no haber practicado nada malo que necesite respuesta". (69)

De aquí resulta que la Responsabilidad es un concepto abstracto que contiene una cualidad, la de responder; en consecuencia, es un posible deber responder. Sin embargo, este concepto abstracto no tiene ninguna relevancia dentro del campo jurídico pues ese deber responder queda sumergido en campos ajenos al Derecho. Por ello, continúa la Enciclopedia diciendo:

"Pero a veces también significa una respuesta concreta y efectiva, es decir, una obligación en que de hecho alguien se ha constituido, de hacer, dar, o cumplir algo, por causa de una mala conducta, regularmente propia - aún cuando también puede ser ajena". (70)

Vemos que en esta segunda parte ya se señala concretamente, al contrario del concepto de cualidad abstracta de responder, la actualización de esa cualidad traducida en una obligación, que consiste en una forma de con

(69) Enciclopedia Jurídica Española. Editorial Reus. Madrid, España. 1960. pág. 874.

(70) Enciclopedia Jurídica Española. op. cit. pág. 875.

ducta que tiene por objeto reintegrar, indemnizar, reparar o resarcir, según el daño que haya causado con su conducta el sujeto responsable. Nos encontramos ya en condiciones de formular un concepto genérico de Responsabilidad entendiendo por tal:

La respuesta concreta necesaria y efectiva de reparar un daño causado por la conducta de un sujeto denominado agraviante en el patrimonio de otro llamado agraviado .

Esta definición de responsabilidad comprende tanto la responsabilidad civil como la penal y la administrativa, por lo que es necesario diferenciar la civil de los otros tipos de responsabilidad, a fin de evitar confusiones ya que el concepto de responsabilidad en razón misma de su importancia, no se limita a una sola rama del Derecho, sino que se extiende a cada una de las partes en que se divide la Ciencia Jurídica. El desconocimiento de un Derecho que produzca un perjuicio, hace que toda persona física o moral responda cuando ha causado daños a un tercero; por ello todas las ramas del Derecho involucran dentro de sus ordenamientos el concepto de Responsabilidad.

Mazeaud nos dice que "el problema de la responsabilidad tiende a ocupar el centro del Derecho Civil y por consiguiente, de todo el Derecho, en cada materia, en todas las direcciones en que desembocamos, en el Derecho público como en el Derecho privado, en el dominio de las personas o de la familia, como en el de los bienes; es el punto neurálgico común a todas nuestras instituciones". (71)

(71) Mazeaud Henri y León. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil y Contractual. Editorial Colmex. México. 1945. 1a. Edic. pág. 220

De ahí la importancia práctica de distinguir a la responsabilidad civil de los tipos más comunes de responsabilidades, como podrían ser la Penal y la Administrativa, ya que la responsabilidad jurídica, aunque supone la existencia de un perjuicio, éste puede ser de naturaleza muy diversa, puede herir los intereses de la sociedad, y la administración, o bien a una persona determinada y en ocasiones se lesionan todos, o varios tipos de los intereses ya citados. Por ello, es necesario sentar sus diferencias viendo en primer término, en qué consiste la Responsabilidad Penal y con posterioridad la Responsabilidad Administrativa a fin de diferenciarlas de la Civil.

Responsabilidad Penal. Constituye el derecho penal la primera rama del Derecho que se ocupó de aquellos actos injustos que producían daños o perjuicios a un tercero. En nuestro Derecho, el Código Penal de 1871 en su artículo 40 define el delito "como infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda" y subdivide el delito en intencional y de culpa, siendo el primero el que se comete con conocimiento de su punibilidad. El culposo se produce por no tomar las precauciones necesarias, incurriendo por ello en imprevisión, negligencia o irreflexión. El concurso del elemento subjetivo, da a la acción ilícita el carácter de culposa. Para que se configure la responsabilidad proveniente de un delito, son necesarios determinados elementos que se establecen en el artículo 326 del Código Penal que dice a la letra: "A nadie se puede declarar civilmente, responsable de un hecho u omisión contrarios a una ley penal, si no se prueba: que se usurpó una cosa ajena; que sin derecho se causó por sí mismo o por medio de otro, daños o perjuicios al demandante; o que pudiendo impedirlo el responsable, se causaron por -

persona que está bajo su autoridad". Agrega el artículo 327: "Siempre - que se verifique lo anterior incurrirá el demandado en responsabilidad civil, sea que se le absuelva de toda responsabilidad criminal o se le condene".

Si examinamos estos preceptos vemos que es aquí donde se consagra la - responsabilidad civil-proviniente de delito. El sistema del Código Penal - vigente consagra el igual que el anterior, la teoría de la culpa. Sin embargo, mientras que el de 1871 consigna que el derecho a exigir la reparación del daño era siempre de carácter civil y la acción correspondía exclusivamente al que recibía el daño, en el nuevo Código su artículo 29 establece que: La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del - daño".

"La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública, pero cuando la misma reparación deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil.

La reparación del daño proveniente del delito se exigirá de oficio por el Ministerio Público" (artículo 34).

En caso de que exista sentencia que absuelva del pago de la reparación del daño, no significa que al mismo tiempo y necesariamente se extinga el derecho del ofendido para exigir la responsabilidad civil emanada de un hecho ilícito.

La responsabilidad penal persigue la conducta en sí misma, aunque no - haya causado ningún daño patrimonial, las formas y las consecuencias que -

ocasiona, a la comisión del delito. Así tenemos delitos que por naturaleza no causan daño patrimonial, pero que sin embargo están sancionados por la ley penal como tentativa de homicidio, encubrimiento, etc., de donde la ley penal no sólo sanciona los delitos consumados, sino también las tentativas y delitos frustrados, los cuales generalmente no producen daño.

Los perjuicios que se causan por hecho sancionado por las leyes penales, vulneran los intereses de la sociedad, sin embargo, con esta afirmación no queremos significar en ninguna forma que el mismo hecho no pueda vulnerar derechos de los particulares o de la Administración Pública.

Distinción entre la Responsabilidad Civil y la Responsabilidad Penal.

Para deslindar la Responsabilidad Civil de la Penal, creemos conveniente examinar someramente las opiniones de algunos autores que se han ocupado del tema, a fin de que con posterioridad emitamos nuestra opinión:

Tesis de Louis Josserand. Nos dice Josserand que entre ambas nociones, la distinción es terminante y sienta determinados puntos de vista que exponemos a continuación:

- "1° El delito Penal pone al culpable frente a la sociedad mientras que el delito civil coloca frente a frente al autor del daño y a su víctima.
- "2° Por eso las sanciones son diferentes: Por una parte medidas de orden represivo (encarcelación, etc.) por otra parte, medidas de orden indemnización (daños y perjuicios).
- "3° Puede haber delito penal sin que haya delito civil; porque el de

lito y el cuasidelito civiles implican la existencia de un daño - privado, sufrido por determinada persona. Ahora bien, hay infracciones a la Ley Penal que no causan daño a ningún particular - (ciertas contravenciones), tentativas que no producen su efecto.

"4° A la inversa y con mucha mayor frecuencia, ocurre que los delitos civiles, no caen bajo la Ley Penal; así ocurre con la mayor parte de las simples imprudencias.

"5° Se comprende pues, que la cosa juzgada en lo civil no tenga autoridad en lo criminal ni viceversa". (72)

Tesis de Henri Mazeaud y León Mazeaud. Estos autores consideran que - la distinción entre la Responsabilidad Civil y la Penal estriba en que la - primera supone un perjuicio privado, la segunda un perjuicio social; piensan que las bases mismas de la responsabilidad civil son diferentes. La - responsabilidad Penal exige la investigación de la culpabilidad del agente. No ocurre igual con la Responsabilidad Civil; no debe averiguarse si el - autor de ese acto es o no culpable, sino que en ocasiones aquél a quien la conciencia nada reproche podrá ser obligado a reparar el perjuicio que haya ocasionado, podrá ser declarado civilmente responsable de su acto, no - se trata sino de establecer un vínculo de Derecho, una relación de obligación entre dos personas, de hacer de la una un acreedor y de la otra un - deudor. Esta distinción entre ambos tipos de responsabilidad no es otro - que la distinción entre el Derecho Penal y el Civil; hace aparecer que - ciertos actos envuelven a la vez la Responsabilidad Civil y la Responsabi-

(72) Josserand Louis. Derecho Civil. Editorial Bosch. Buenos Aires, Argentina. 1950. 1a. Edición. pág. 293.

lidad Penal para su autor, mientras que otros ponen en juego o solamente su Responsabilidad Civil, o únicamente su Responsabilidad Penal. (73)

Además un hecho puede poner en juego ambos órdenes de Responsabilidad; cuando se causa un daño individual y ocasione perjuicios a la sociedad, situación que en la práctica se presenta frecuentemente, así el ladrón responsable penalmente lo es también civilmente, la pena que se le imponga no lo exime de la obligación de reparar el perjuicio que ha causado. Puede no obstante en otros casos existir independientemente ambas clases de responsabilidad.

Esta Tesis considera que el campo de la Responsabilidad Penal es más limitado, ya que el número de actos que perjudican a otros sin estar prohibidos por algún texto preciso de la Ley, es ilimitado aún en el caso de exigirse una culpa para comprometer la Responsabilidad Civil, porque aunque no la reprima, ningún texto expreso de la Ley obliga a quien la ha cometido a reparar el perjuicio que de ella provenga, cuando se presentan los elementos constitutivos de la responsabilidad, sobrepasando de esta suerte el círculo de la Responsabilidad Civil al de la Responsabilidad Penal.

Tesis de Roberto de Ruggiero. Ruggiero considera que la Responsabilidad Civil y la Penal se diferencian porque la citada en primer término deriva de un hecho que viola un derecho subjetivo privado y la Responsabilidad Penal de que se viole la Ley Penal. De donde se deduce "que el prime-

(73) Mazeaud, Henri y Mazeaud León. op. cit. pág. 223.

ro implica como consecuencia el resarcimiento del daño y el segundo una - pena (corporal o pecuniaria), establecida por el Estado en su exclusivo in - terés". (74) Por lo que siempre se deriva una acción penal pudiéndose - sin embargo, derivarse una acción civil para obtener el resarcimiento del - daño, de aquí que pueden coexistir ambos tipos de Responsabilidad, la Ci - vil y la Penal; encuentra que el fundamento de la responsabilidad tiene - su base en que todo comportamiento de una persona que lesiona injustamente la esfera jurídica ajena, constituye un acto ilícito y esta esfera jurídi - ca se lesiona por quien hallándose vinculado a otro por una obligación, no cumple ésta y por quien sin estar vinculado por obligación alguna, vulnera el derecho de una persona, violando el precepto general que prohíbe aten - tar a los derechos ajenos.

Tesis de Rojina Villegas. Este autor considera que la diferencia en - la Responsabilidad Civil y la Penal estriba en la naturaleza de los valo - res lesionados de los cuales podemos distinguir los valores de la comuni - dad y los valores de la personalidad; habrá responsabilidad penal en caso de que la ofensa sea hecha a los intereses generales a la sociedad misma.- En cambio si existe un ataque a los intereses personales que no trascien - dan a la sociedad ni ponen en peligro las condiciones de existencia de la - misma, entonces existirá sólo la Responsabilidad Civil. "El criterio patri - monial no puede servir de base para afirmar que la responsabilidad civil - se presenta cuando se ataquen intereses patrimoniales y en cambio la Res - ponsabilidad Penal cuando se violan otros valores dado que hay ciertos de-

(74) Ruggiero, Roberto De. Instituciones de Derecho Civil. Editorial Reus. Madrid, España. 1944. 1a. Edición. pág. 550.

litos contra la propiedad y en general contra el patrimonio". (75)

Si examinamos esta Tesis vemos que sigue en términos generales la teoría de Henry Mazeaud y León Mazeaud.

Pensamos que la Responsabilidad Civil y la Penal son diferentes. Como hemos visto la Responsabilidad Penal se origina por un acto que lesiona - los intereses de la sociedad, la Civil tiene su fundamento en el perjuicio causado a un particular, la víctima no es la sociedad.

La Responsabilidad Civil tiene como objeto la reparación del daño causado procurando volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la comisión del hecho dañoso. La Responsabilidad Penal en cambio tiene como fin primordial sancionar una conducta dañosa, aún en el caso en que no se produzcan daños patrimoniales; la Responsabilidad Civil tiende a proteger el patrimonio de las personas contra un acto injusto que le cause menoscabo, la Ley Penal en cambio tiene como fin la represión de la conducta dañosa en sí misma, haya producido o no lesión; por ello castiga no sólo los delitos consumados sino aún las meras tentativas. La sanción que establecen ambas son igualmente diferentes; en la Responsabilidad Civil condena primordialmente al resarcimiento del daño y provee a la tutela del individuo. La sanción penal en cambio provee a la tutela de la sociedad y es de carácter represivo.

La Responsabilidad Civil es más amplia que la Penal. Para que la Res-

(75) Rojina Villegas, Rafael. Tratado General de las Obligaciones. Editorial Antigua Librería Robredo. México. 1952. 1a. Edición. pág. 426.

ponsabilidad Penal pueda ser establecida, debe estar fijada limitativamente en un tipo Penal; en la Responsabilidad Civil basta que se haya causado un daño en contra de derecho a un tercero para que se tenga obligación de responder.

La Responsabilidad Penal se deriva siempre de un delito, la Responsabilidad Civil no necesariamente proviene de un delito.

Creemos que en términos generales son las diferencias que podemos apuntar para distinguir ambas clases de responsabilidades, por lo que pasamos a hacer un pequeño análisis de la Responsabilidad Administrativa a fin de sentar con posterioridad las diferencias entre la Responsabilidad Civil y la Administrativa.

Responsabilidad Administrativa: Acerca de la Responsabilidad Administrativa, se han venido desarrollando diversas posiciones de las cuales expondremos las principales y analizaremos las que consideramos correctas.

El primer sistema nos dice: que los Agentes de la Administración pública pueden actuar independientemente y causar perjuicios a los particulares; por lo tanto, es el funcionario autor del hecho perjudicial el que es responsable con su patrimonio personal. En dicho sistema no siempre se quiere significar que sea el funcionario quien asume la obligación de indemnizar, sino que el Estado en ocasiones se obliga a reparar, pero esta reparación es a título gracioso, el particular no dispone de una acción en contra del Estado para obligarles a reparar el daño causado por la actuación de uno de sus órganos. Esta posición es externada por autores como -

V.B. Schwartz en su obra". (76)

Existe un segundo sistema, el de la Responsabilidad objetiva, ya que se dice que los titulares de la función pública no son unos extraños a la Administración, sino que forman parte de ella como órganos "La corporación es una persona colectiva, real, capaz no sólo de derechos sino también de voluntad y de acción, el querer y el obrar de una corporación aparecen como una actividad vital que sólo se manifiesta efectivamente en el campo del derecho, mediante la actuación del órgano externo llamado a ello por el derecho. Cuando esto ocurre, es la persona moral misma la que quiere y obra mediante órganos; por ello, el sistema de la Responsabilidad objetiva sostiene siempre que el Estado es responsable de la acción de los agentes de la Administración y sobre todo del buen funcionamiento de los servicios públicos. La persona pública es siempre responsable de la acción de sus agentes y del buen funcionamiento de los servicios públicos. Esto no implica que no se pueda repetir jamás en contra de los agentes lo esencial de la fórmula, es que la víctima siempre debe reclamar reparación a la colectividad pública". (77)

Por último André de Laubadere expone el sistema de la coexistencia de la Responsabilidad del funcionario y del Estado, "en que la Responsabilidad incumbe según los casos al funcionario o al Estado, siendo las condiciones bajo las cuales se produce el daño, las que sirven de base para exigir la Responsabilidad de uno o de otro". (78)

(76) Del RÍO González, Manuel. Compendio de Derecho Administrativo. Cárdenas Editores. México. 1981. 2a. Edición. pág. 114.

(77) Acosta Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México. 1983. 4a. Edición. pág. 126.

(78) Acosta Romero, op. cit. pág. 128.

Consideramos que si un acto de un órgano del Estado lesiona injustamente los derechos de un particular, éste debe exigir Responsabilidad por la comisión de ese acto directamente al Estado y éste a su vez puede repetir en caso de que sea debido, a la actuación indebida de uno de sus órganos en contra del Titular del mismo, exigiéndoles las Responsabilidades en que haya incurrido, ya que debemos recordar que la relación entre el Estado y sus funcionarios deriva de una Acto Unión y por ende, no son los funcionarios unos extraños a la Administración, sino que forman parte de ella como órganos. Cabe dejar sentado además, que una de las principales obligaciones del Estado es velar por el buen funcionamiento del mismo.

Diferenciación entre la Responsabilidad Civil y la Administrativa.

Las Instituciones Jurídicas de la Responsabilidad Civil y las de la Responsabilidad Administrativa son diferentes entre sí.

La primera protege los intereses individuales; en cambio lo esencial en la Responsabilidad Administrativa es que se incurre en ella cuando el hecho dañoso lesiona el interés público sin que por esto queramos significar que no puedan lesionarse intereses individuales, ya que primero se lesiona el interés público y como consecuencia de este hecho pueden derivarse lesiones a los intereses individuales. Al respecto nos dice Rafael Bielsa "en el derecho civil se trata de fijar los límites del poder jurídico recíproco de los individuos entre ellos". En el derecho civil las instituciones jurídicas encuentran un centro natural en las diversas especies de derechos individuales, al paso de que en el Derecho Administrativo, por el contrario, los derechos individuales no juegan sino un papel accesorio. Lo esencial es el interés público que está determinado por el

Derecho Público". (79)

Por lo tanto, en la responsabilidad civil se trata de proteger primordialmente los intereses de los particulares; la Responsabilidad Administrativa, en cambio, tutela principalmente el interés público y como una consecuencia de éste a los intereses particulares que se afectan por la lesión al interés público. Además para finalizar diremos que la Responsabilidad Civil es más amplia que la Administrativa ya que la primera protege a todos los componentes de la sociedad cuando se lesionan sus derechos. La Administrativa sólo cuando el hecho dañoso es resultado de un acto de la Administración. En la Responsabilidad Administrativa una de las partes es siempre la Administración o bien un agente responsable. El elemento básico para la consideración de la culpa es un servicio público mal prestado de los Servicios Públicos. Cosa que podría entorpecerse en caso de que el Estado no fuese directamente responsable por la actuación de sus órganos. Un acto ilegal de la administración sirve de base para la determinación de la responsabilidad, no es necesario comprobar la culpa o negligencia del autor porque es suficiente la presencia del acto ilegal, ya que el Estado no es frente al particular, el Titular de un órgano determinado, sino que se presenta ante él formando una unidad y las acciones que pueda ejercer deben dirigirse ante esa unidad y no en contra de tal o cual funcionario, ya que se haría casi nugatorio la acción del particular para obtener la reparación del daño.

Podemos después de haber examinado las anteriores afirmaciones, dejar-

(79) Bielsa, Rafael. Derecho Administrativo. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1962. 1ª. Edición. pág. 114.

sentado que: "Constituyendo una de las principales obligaciones del Estado, velar por el buen funcionamiento de los Servicios Públicos y siendo los Titulares de los órganos, no unos extraños, sino parte integrante de la misma, al presentarse un acto ilegal de la Administración que causa un daño, - ésta debe de responder de dicho acto ante el particular afectado y repetir en contra del Agente que emitió la resolución en caso de que haya sido por su culpa o negligencia exigiéndole las responsabilidades en que haya incurrido". Esto siempre que haya obrado en su carácter de Titular de órgano - de la Administración Pública, no cuando actúa como particular.

Pensamos que tres son las condiciones necesarias para que surja la Responsabilidad Estatal:

- I. Un hecho dañoso cometido en contra de un derecho.
- II. Un perjuicio reparable.
- III. La actividad Administrativa causa del daño.

I. El hecho dañoso cometido en contra de un Derecho dará origen a la Responsabilidad Estatal. Este hecho podrá ser debido a una falta personal del funcionario o a una falta de servicio, según derive de un hecho reprochable de un funcionario o de una mera relación de causa o efecto entre el perjuicio y la actividad incriminada. Al afirmar en contra de un derecho, queremos significar que ha de afectar a un derecho establecido, los atentados en contra de meras expectativas de derecho no pueden condicionar el nacimiento de la responsabilidad estatal.

II. El Perjuicio Reparable. Es esencial que el perjuicio que se haya-

causado sea susceptible de ser reparado, procurando en todo caso volver - las cosas al estado en que se encontraban antes del acto lesivo, siendo - además, la reparación susceptible de ser apreciada en dinero. Algunos au- tores opinan que el daño moral involucra la responsabilidad del Estado - cuando se mezcla con algún elemento de índole material.

Por lo que toca a la indemnización:

Deberá ser hecha en dinero; sólo es reparable el perjuicio del cual - se demanda reparación; no es reparable sino el perjuicio del cual la car- ga incumbe a la Administración; (falta parcial de la víctima); no es re- parable sino el perjuicio efectivamente sufrido; no es reparable sino el - perjuicio probado.

III. La actividad administrativa causa del daño. Es claro que la acti- vidad administrativa debe ser la causa eficiente del daño, es decir, debe- mediar una relación de causa a efecto entre el daño causado y la actividad de la Administración. Siempre que encontramos las tres anteriores condi- ciones debemos concluir que existe Responsabilidad Estatal.

B) NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Nuestro estudio tiene por objeto la Responsabilidad Civil, por lo tanto es necesario que hagamos algunas consideraciones acerca de la Responsabilidad Contractual, a fin de ver en qué consiste y cuál es su diferencia fundamental con la Extracontractual.

La Responsabilidad contractual viene generalmente determinada por el concurso de dos elementos:

- a) Preexistencia de un vínculo convencional entre personas determinadas.
- b) Producción de un daño que se manifiesta como resultado de la violación de aquél vínculo.

La Responsabilidad Extracontractual es aquella que deriva de un hecho jurídico que no tiene nada que ver con un acuerdo de voluntades.

Esta distinción encuentra su razón de ser en el propio plan de nuestro Código, que trata en capítulos separados, ambos tipos de Responsabilidad, estableciendo además en diversos preceptos, diferentes tratamientos en las dos responsabilidades. Así por ejemplo debe tenerse presente que es un su puesto, previo de la responsabilidad contractual la capacidad para obligarse, y por el contrario en la responsabilidad extracontractual puede surgir responsabilidad a un incapaz.

La distinción es pues, relevante por las diversas consecuencias jurídicas que implica. La responsabilidad es sólo una, pero susceptible de ser-

clasificada en especies que deben ser reguladas distintamente.

En la práctica, esta distinción no es siempre de fácil apreciación, - pues existen casos límite en los cuales es difícil determinar si el daño - proviene del incumplimiento de un vínculo convencional, o bien, de un he - cho jurídico que no tiene que ver nada con un contrato, pero como un estu - dio más profundo rebasaría los límites de nuestra Tesis, nos contentamos - con dejar sentada la anterior diferencia.

El tema de la Responsabilidad Civil ha sido ampliamente discutido por - la doctrina. Este interés es ampliamente explicado en virtud de la impor - tancia creciente del concepto que nos ocupa. Como hemos visto las guerras, el comercio, la religión, han ido influyendo en la evolución jurídica de - los pueblos, haciendo que éstos se preocupen por investigar y explicar las causas de los problemas jurídicos, así como su solución más adecuada.

Uno de los problemas que han despertado el interés de los estudiosos - del Derecho estriba en investigar el por qué surge la Responsabilidad Ci - vil, acerca de ellos se han estructurado dos grandes Teorías:

La de la Responsabilidad Subjetiva o Teoría de la Culpa y la de la Res - ponsabilidad Objetiva o del riesgo creado. Estudiaremos la enunciada pri - meramente:

Teoría de la Culpa o de la Responsabilidad Objetiva. En los inicios - de la civilización, el hombre reaccionaba en contra de toda causa aparente de daño y la responsabilidad era la expresión de la venganza privada, impe

rando en todo su alcance la célebre Ley del Tali6n. El hombre, al mejorar espiritualmente comprende que es necesario para exigir responsabilidad a un sujeto, investigar si el hecho da±oso fue producido mediante culpa y solamente en caso de que asi sea, puede pedirle la reparaci6n del perjuicio-causado, ya que lo que obliga, no es el hecho en si, sino la causalidad - del hecho en la voluntad humana, es decir, a culpa, faltando este requisito el perjuicio se equipara al producido por las fuerzas de la naturaleza - y es la v6ctima tan solo quien debe soportar las consecuencias del acto da±oso.

El hombre trata de determinar en qu6 momento el responsable de un da±o pudo evitarlo, asi como las medidas que tom6 para hacerlo y para ello principia a construir un sistema de graduaci6n de la culpa, con objeto de determinar el grado de la responsabilidad del actor del da±o. Es asi como - los juristas romanos establecen una graduaci6n de la culpa. Esta noci6n - de la culpa y de su divisi6n en grados aunque modificada, fue expuesta por Pothier en el siglo XVIII quien distinguia tres grados de culpa:

Culpa Lata.

Culpa Levis.

Culpa Levissima.

"Existe Culpa Lata cuando no se tiene la diligencia ordinaria de cualquier tipo de hombre. Supone en quien la comete una negligencia imperdonable o una ineptitud inadmisibles.

"Culpa Levis, cuando no se tiene la diligencia que se exige a los bues -

nos padres de familia, es decir, una diligencia de tipo medio.

Culpa Levissima, cuando no se tiene el cuidado que se recomienda a los diligentísimos padres de familia, es decir, una diligencia excepcional.

El interés práctico que se encuentra en esta distinción estriba en que los contratos en que entraba en juego el interés del acreedor, como en el depósito, el deudor no respondía sino de la Culpa Lata de la Culpa Levísima en los contratos celebrados en su interés exclusivo, como en el comodatado. Por último, en los contratos celebrados en interés de las dos partes, como la compra-venta, respondía el deudor de la Culpa Lata y la Culpa "Levis". (80)

Nos dice Bonecasse que los "antiguos jurisconsultos, entre ellos Pontier, pretendían haber tomado estos tres tipos de Culpa del Derecho Romano, pero es un error; en realidad el Derecho Romano distinguía dos grados de culpa, la Culpa grave o Culpa Lata y la Culpa Leve designada indistintamente en los textos con las expresiones: Culpa Levis y Culpa Levissima. Pero había según los casos dos maneras de calcular la Culpa Leve, "in concreto" cuando se tomaba en consideración para apreciarla, el carácter y costumbres de quien la había cometido, "in abstracto", cuando se calculaba la culpa en atención a los que debían haber sido su autor, y no a lo que era en realidad.

En una palabra, la Culpa Levis en concreto era aquella que el deudor -

(80) Díaz Paizo, Antonio. Tratado General de las Obligaciones. Editorial Temis. Cuba. 1951. 1a. Edición. pág. 214.

hubiera cometido en la gestión de sus propios intereses, la Culpa Levis in abstracto, la que no hubiera cometido un buen padre de familia". (81)

Los juristas habían llegado a graduar, según los supuestos cuando se presentaban los diferentes grados de la culpa.

Decían lo siguiente: cuando en los contratos bilaterales había una utilidad común para el deudor y acreedor, la culpa que se prestaba era la Culpa Leve; cuando la utilidad era exclusivamente para el acreedor era necesario incurrir en falta grave; cuando el beneficio era exclusivamente en favor del deudor, éste estaba obligado a la Culpa Levísima, debiendo los jueces resolver de una manera mecánica si el caso encuadraba dentro de estos sistemas, procediendo el juez por una especie de determinismo jurídico, según se hallen reunidos o no los elementos prefijados. Así se trataba de un contrato en que había beneficios recíprocos (compra-venta); el juez no tenía más que aplicar el cartabón de la culpa leve; si era un contrato como el depósito sobre todo de índole gratuita el depositante prestaba la culpa grave; si se trataba del comodato en el que el beneficio era íntegro para el comodatario que recibía el uso y goce de la cosa, se prestaba la culpa gravísima.

En este sentido se hallaba la Teoría de la Culpa con arreglo al Derecho Romano, cuando se inició una modificación bastante profunda, ya que se rechazó la distinción de la responsabilidad fundada en la utilidad del con

(81) Cfr. Bonecasse, Julian. Elementos de Derecho Civil. Editorial Cajica. Puebla, México. 1946. 2a. Edición. pág. 318.

trato, porque se pensaba que era bastante difícil establecer como medida general para la culpa "la diligencia de cada cual en sus propios asuntos".

Fue el Derecho Francés quien consignó primeramente en su ordenamiento positivo esta tendencia al establecer en su artículo 1137: "La obligación de velar por la conservación de la cosa, tanto en el caso de que la convención tenga por objeto la utilidad de una de las partes, como en el que tenga por objeto su utilidad común, impone a aquél que de ella se hubiese hecho cargo el empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia".
(82)

El espíritu de protesta contra las tendencias del Derecho Romano en el punto que nos ocupa fueron motivo para que se hayan sostenido las más opuestas opiniones, desde afirmar que subsiste en toda su extensión la doctrina romana, hasta negar que el Derecho moderno distinga en la culpa grados, debido a que no se ha separado su "prestación de su graduación". En realidad, la variación radical del Derecho moderno ha consistido en su primir la distinción de la utilidad del contrato, subsistiendo por el contrario los grados que como veremos en el "Capítulo de Derecho Comparado" siguen vigentes en múltiples legislaciones positivas, ya que se piensa que está en la naturaleza de la culpa el tenerlos.

Existen otras direcciones en la época moderna relacionadas con el punto y que apunta Manresa y Navarro, las cuales tienen una relativa importancia:

(82) Planiol y Ripert. op. cit. pág. 212.

La primera que cita dicho autor es la que niega la conveniencia y casi la posibilidad de establecer normas generales en la Ley acerca de la medida y prestación de la culpa y pretende que en cada caso lo determine el juzgador.

Afirmar esto, es confundir la racional y conveniente libertad del juzgador para apreciar las diferencias del caso, con la imposibilidad que no existe, de dictar normas generales que sirvan al juez como guía y regulador; las que son perfectamente posibles ya que la culpa es materia jurídica que puede ser regulada.

Elementos de la Responsabilidad Subjetiva.

Los elementos que vienen a condicionar el nacimiento de la responsabilidad y de los cuales la carencia de uno impide que surja la responsabilidad, son de acuerdo con esta Teoría los siguientes:

1. La Culpa.
2. El Perjuicio.
3. Un vínculo de causalidad o relación directa entre la Culpa y el Perjuicio.

La Culpa. La existencia de la culpa como elemento constitutivo de la responsabilidad civil es ampliamente discutido. El fundamento mismo de la responsabilidad civil está en juego y es precisamente este debate, lo que ha dado origen a las dos grandes Teorías: la de la Culpa y la del Riesgo; la primera considera a la culpa como requisito y fundamento de la responsabilidad y considera que no hay responsabilidad civil sin culpa.

Es necesario que antes de entrar al estudio del concepto de culpa, hagamos algunas consideraciones previas.

La Culpa, como factor determinante del daño se presenta en una sola persona pero puede suceder que no sólo el agente que causa el daño incurre en culpa, sino además el que la sufre, a esta situación se le conoce con el nombre de Culpa Concurrente; en este caso el principal responsable no carece de responsabilidad pero sí la atenúa en cuanto a la obligación de indemnizar. La mayoría de los autores se han colocado en el terreno de la causalidad para determinar si la víctima culpable puede exigir indemnización. Es el verdadero terreno a condición de agregar que la solución del problema debe contemplarse desde un punto de vista social, teniendo en cuenta el interés de la sociedad en incitar a la prudencia y evitar que se cause un daño, por ello se explica que la víctima, si el daño proviene de su propia imprudencia, nada puede reclamar puesto que su culpa lesiona solamente su derecho personal. El autor será responsable, parcialmente, si podía prever el daño de acuerdo con el curso normal de las cosas, sobre todo si conocía la culpa del damnificado o podía conocerla y preverla.

De lo contrario no incurrirá en falta. Es por tanto, la culpa dentro de la Teoría de la Responsabilidad Subjetiva, el elemento capital de la responsabilidad, no existiendo ésta si aquella falta, por tanto es un error sostener de acuerdo con este sistema, que donde hay perjuicio aunque no haya culpa existe responsabilidad. Un daño causado sin culpa, dentro de la Teoría que venimos analizando, es un daño que no genera responsabilidad, nadie tiene que responder de él, es un daño que no tiene un agente culpable y la víctima tendrá que asimilarlo, ya que el autor del hecho da-

ñoso al no haber procedido con culpa en la ejecución del daño, no surge - en contra de él ninguna obligación de reparación. Es por ello que la Teoría que nos ocupa ha sido denominada de la Responsabilidad Subjetiva, ya que investiga si hubo o no culpa en el agente del hecho dañoso, es decir, atiende a elementos de carácter subjetivo.

Acerca de lo que se debe entender por Culpa, se han enunciado múltiples definiciones de las cuales nos limitaremos a exponer algunas, con el fin de que con posterioridad podamos dar un ensayo de definición que aunque sujeta a múltiples críticas, nos de una idea acerca de lo que se entiende por culpa.

Los Mazeaud definen a la culpa diciendo: "la culpa es un error tal de conducta que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias "Externas" que el demandado". (83)

Con esta definición se trata de abarcar tanto la culpa intencional, - porque una persona cuidadosa no obra con la finalidad de causar un daño, - como la culpa no intencional que aunque de índole diferente se puede incluir en la anterior definición, ya que una persona cuidadosa cumple, - salvo causa ajena, las obligaciones que ponen a su cargo la Ley o el Contrato, tanto si esas obligaciones no son para procurar un resultado, como si consistiesen tan sólo en conducirse con la voluntad de causar ese resultado. De acuerdo con esta definición hemos vuelto al *bonus et diligens pater familias* del Derecho Romano, ya que en todas las cuestiones de

(83) op. cit. pág. 516.

culpa contractual o extracontractual llegamos a comparar los hechos de cada caso con los de una persona normal, ideal que el juez debe crearse con sus propias experiencias de la vida, de lo que resulta que este método de apreciación hace de la culpa una noción sumamente flexible en la que encontrará el juez un preciso instrumento de examen de la actividad de los hombres, y la posibilidad de hacer justicia no automática, sino humana y adecuada al caso concreto.

Josserand nos dice que la noción de culpa es una de las nociones más vagas del orden jurídico. La culpa es el punto de convergencia de dos derechos opuestos, de los cuales el más fuerte vence al más débil; la vida jurídica es una constante lucha a lo largo de la cual intereses y derechos se enfrentan sin cesar "cometer una culpa delictual es lesionar un derecho sin poder, pues invocar un motivo legítimo". (84)

Sólo en este caso el acto es ilícito y compromete la responsabilidad del autor, ya que sólo entonces hay una ruptura del equilibrio jurídico, - que la reparación vendrá a restablecer, de donde se deduce que la Teoría de la responsabilidad no es más que una vasta empresa de equilibrio de derechos rivales en incesante conflicto, tocando al juez conducir y resolver la lucha de los intereses opuestos.

Marcel Planiol y Jorge Ripert hacen un análisis de lo que se entiende por culpa y consideran que se "incurre en culpa cuando se actuó de modo diverso a como debió efectuarse y los actos, cuidados y previsiones obligato

(84) Josserand Louis. op. cit. pág. 318.

rias, varían según la materia a que se apliquen y aún en una misma materia, según la época, una variación en los hechos, en las leyes, en las concepciones morales o sociales inclinará a los Tribunales a considerar culpable un acto que antes no era tenido como tal y viceversa". (85)

De acuerdo con esta definición, la culpa es un concepto variable que se modifica según las circunstancias del tiempo y lugar.

Considera, sin embargo, que la culpa, conducta desviada supone un acto realizado por un ser dotado en el momento de ejecutarlo de una inteligencia y voluntad suficientes, por lo que la noción de culpa es inseparable de la responsabilidad moral.

Antonio Díaz Pairó nos define a la culpa del modo siguiente: "cuando el incumplimiento de la obligación se produce, no porque el deudor conscientemente quiso dejar de cumplir, sino por descuido, negligencia o impericia, se cae en el terreno de la culpa. Esta existe pues, cuando no se presta la diligencia debida para cumplir la obligación". (86)

Julién Bonecasse define a la culpa "como el incumplimiento voluntario de una obligación preexistente ya que sin la idea de una obligación preexistente que no es cumplida por el autor del perjuicio, no se llega a con- figurar la responsabilidad civil. Además, es necesario que este incumplimiento sea voluntario por lo que se exceptúan aquellos casos que carac-

(85) Planiol y Ripert. op. cit. pág. 119.

(86) Díaz Pairó. op. cit. pág. 215.

de este elemento.

Leonardo A. Colombo nos dice que la culpa es "la violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad pero sin malicia, por alguna causa - que puede y debe evitarse". (87)

Añade el autor que nos ocupa, que en dos sentidos debe entenderse el concepto de culpa:

Latu sensu en el cual la culpa se caracteriza por implicar una conducta contraria a la Ley. Causar o ser capaz de causar un daño y resultar imputable: el autor, como consecuencia de su libre determinación. Stricto sensu, en cambio el acto culpable tiene su origen en la impericia, negligencia o imprudencia de quien lo comete, con abstracción de cualquier intención dañosa.

El maestro Rojina Villegas nos da la siguiente definición de culpa: - "Todo acto ejecutado con negligencia, descuido, falta de previsión o bien con la intención de dañar, en cuyo caso esa culpa toma ya el nombre de dolo". (88)

En los primeros casos, aún cuando no haya la intención de dañar, bastará la negligencia, el descuido o la falta de previsión para que el hecho se reputa ilícito, y por lo tanto haga responsable a su actor del daño cau

(87) Colombo, Leonardo A. Culpa Aquiliana. Editorial Tea. Buenos Aires, - Argentina. 1947. 3a. Edición. pág. 118.

(88) Rojina Villegas. op. cit. pág. 600.

sado, esto es debido a que se supone que hay una obligación sobreentendida en todo el orden jurídico, por virtud de la cual todo hombre al desarrollar cualquier actividad debe proceder con diligencia, previsión y cuidado. Cuando se cause un daño por negligencia, descuido o falta de previsión y el acto ejecutado en tales condiciones implica una interferencia indebida, en la persona, en la conducta o en el patrimonio del sujeto perjudicado.

En algunas otras definiciones se hace figurar no sólo la ilicitud, si no también la imputabilidad, que requiere que el sujeto sea consciente en la ejecución del acto, o sea que cuenta con los requisitos mentales mínimos para tener conciencia del acto ejecutado; ya que se dice que malamente podemos considerar culpable a una persona cuyas características mentales y de conciencia le impidan actuar con prudencia o dolosamente, ya que si analizamos la cuestión determinante, no puede considerarse la culpa - porque no existe una relación lógica entre la culpabilidad y la imputabilidad; no siendo culpable aquél a quien no se le puede imputar el acto - por no tener la conciencia necesaria. Por ello la culpa se viene a integrar plenamente siempre que vaya acompañada de la imputabilidad, ya que - en caso contrario lo único que se logra es cambiar a la víctima del hecho dañoso en virtud de que el autor de un hecho dañoso no imputable, viene - a ser en realidad una víctima de las consecuencias de sus actos. Exigir responsabilidad a un incapaz, a un menor, a un alienado, es desconocer la realidad y colocarse en un plano contrario a la misma.

A primera vista parecen inobjetables las razones expuestas: sin embargo, si meditamos un poco, vemos que es a todas luces anacrónico que la víc

tira de un hecho dañoso no pueda exigir ninguna reparación, ya que el autor del hecho es considerado no responsable en virtud de que no supo lo que hacía, pudiendo en muchas ocasiones reparar el daño fácilmente, por lo que conforme a la equidad, es más conveniente que al autor del hecho dañoso no imputable pueda la víctima exigir reparación que hacer sufrir a ésta que no tuvo ingerencia alguna, en las consecuencias. Es principalmente por estas razones por lo que no consideramos que deba ser incluida en la definición de la culpa el elemento imputabilidad.

Nuestra Definición: Con base en el estudio de las anteriores definiciones consideramos que: "Culpa es la violación de un deber jurídico cometido por impericia, error, negligencia, descuido, o bien con la intención de dañar en cuyo caso toma el nombre de Dolo".

Culpa Extracontractual y Culpa Contractual. La culpa es susceptible de surgir en dos circunstancias distintas:

1. Cuando proviene del incumplimiento de un vínculo convencional.
2. Cuando deriva de un hecho jurídico que no tiene nada que ver con un acuerdo de voluntades.

En el primer caso recibe la denominación de Culpa Contractual; en el segundo de Culpa Extracontractual.

Respecto a la Culpa Contractual y Extracontractual la Doctrina ha externado diferentes opiniones, considerando a ambas culpas de índole distinta o bien proclamando la unidad de la misma.

Veremos primeramente las analogías existentes:

En la base de cada una de ellas encontramos:

- a) El incumplimiento de una obligación.
- b) Un perjuicio.
- c) Una culpa consistente en el incumplimiento de una obligación.
- d) Una indemnización que representa la reparación del perjuicio.

No obstante estas semejanzas, la Tesis dualista sentó diferencias que consideró substanciales. H. Lafaille, que se ocupa del problema considera que:

- "a) En cuanto a la presunción. La Culpa Contractual se presume, no - así la delictual.
- "b) En cuanto a la intensidad. Los daños y perjuicios por una y otra culpa se presentan en proporciones diversas, la responsabilidad - del que ha violado una disposición contractual, por intensa que - sea, aún en los Contratos en que ella es más grave parece ser de - menor importancia que cuando se trata de una culpa delictual, y - hasta se afirma que tiene una naturaleza diversa.
- "c) En cuanto a las fuentes. Hay una diferencia substancial en el - origen de ambas culpas, una deriva de la libre convención, la -- otra del interés social comprometido". (89)

Julién Bonecasse por su parte piensa que:

(89) Lafaille, Héctor. Teoría General de las Obligaciones. Editorial De - Palma. Buenos Aires, Argentina. 1926. 1a. Edición. pág. 317.

- "a) En ambas responsabilidades la gravedad del incumplimiento se aprecia en forma muy distinta. Se considera al hombre medio y sus posibles fallas en el contrato; en cambio en el delito se toma en consideración al hombre excepcionalmente atento a sus deberes.
- b) La responsabilidad o sea, la necesidad de reparar el perjuicio se base únicamente en el incumplimiento de la obligación contractual, en el sentido de que el acreedor únicamente tiene que probar este incumplimiento, ya que la culpa se presume; por el contrario, en la responsabilidad delictuosa, el acreedor soporta la carga de la prueba del incumplimiento inconsciente.
- c) En la responsabilidad contractual la culpa proviene del incumplimiento de una obligación de tipo convencional, en la extracontractual deriva de un hecho que no tiene nada que ver con un convenio pre-existente. Por lo tanto la culpa tiene una naturaleza de carácter dualista". (90)

A fines del siglo XIX una vigorosa reacción doctrinal se observa en contra de esta Tesis y en favor de la unidad de la culpa que con Planiol - adquiere gran importancia. "La diferencia que pretende establecerse entre las dos especies de culpa, escribe Planiol, carece en lo absoluto de base; no es sino una especie de ilusión que resulta de un examen superficial; ambas culpas crean igualmente una obligación: la de reparar, mediante una indemnización, el daño causado; una y otra suponen igualmente la existencia de una obligación anterior; una y otra consisten igualmente en un he-

(90) Bonecasse, Julian. op. cit. pág. 311.

cho: la violación de esa obligación. Solamente en lo que se llama culpa - delictuosa la obligación violada es una obligación legal, cuyo objeto generalmente consiste en un hecho negativo en una abstención. La distinción comúnmente admitida no sólo es discutible, sino que carece de sentido y razón de ser.

La naturaleza de la Obligación Violada no Ejerce Influencia alguna sobre la Culpa, Objeto del Hecho Negativo . (91)

Nosotros por nuestra parte consideramos que la culpa es sólo una, pero susceptible de ser calificada en especies y que tal distinción es útil, ya que la idea en realidad es la de considerar que cuando media un contrato - entre las partes y una de ellas falta a la obligación contenida en el contrato, la responsabilidad en cuanto a su regulación debe ser hecha en forma diferente a los casos en que no existe esa obligación pre-existente. En efecto, si examinamos lo que entendemos por culpa "la violación de un deber jurídico cometida por impericia, error, negligencia, descuido o bien con la intención de dañar en cuyo caso toma el nombre de dolo", vemos que abarca - tanto a la culpa contractual como a la extracontractual. Esta en su esencia, es sólo una susceptible de ser clasificada en especies, según de donde derive, por lo que consideramos que:

"Culpa es la violación de un deber jurídico cometido por impericia, error, negligencia, descuido o bien intención de dañar en cuyo caso toma el nombre de dolo

"Es susceptible de adoptar dos especies:

(91) Planiol Marcel. op. cit. pág. 310.

Culpa Contractual, cuando proviene del incumplimiento de un vínculo - convencional.

Culpa Extracontractual, cuando deriva de un hecho jurídico que no tiene nada que ver con un acuerdo de voluntades.

Prueba de la Culpa. La carga de la prueba de la culpa corresponde a la víctima que debe probar la culpa del autor del daño, problema que se complica cuando la obligación constituye una obligación de prudencia o diligencia, sin embargo, se puede realizar esa prueba por prevenciones estando el juez en libertad para apreciar si los hechos aducidos por la víctima llevan a presumir la existencia de la culpa. El principio de que la carga de la prueba corresponde a la víctima dentro de la teoría subjetiva está basado en la regla de Derecho consistente en: "el que reclama la ejecución de una obligación debe probar que el derecho le compete".

Es de comprenderse que una condición de tanta fuerza como la indicada, debido a las dificultades que existen para probar la culpa del autor del daño aún cuando la ley estableciese presunciones de culpa, diese lugar a múltiples críticas ya que la víctima quedaba en muchas ocasiones en una situación de indefensión debido a la dificultad de probar la culpa. Es precisamente esta situación como la veremos más adelante, la que va a dar origen a la Doctrina de la Responsabilidad Objetiva".

El Perjuicio o Daño. El perjuicio consiste en la comisión de un daño, es un elemento indispensable y necesario para que surja la responsabilidad ya que nadie pensará en exigir la reparación de algo que no ha sufrido. La

jurisprudencia y la doctrina se encuentran de acuerdo con la norma ya que lógicamente, si la responsabilidad civil tiene como fin exigir la reparación del daño, debe existir algo que reparar; mientras una persona no haya sido lesionada no podrá demandar indemnización, ya que existe el principio universalmente admitido en derecho "Donde no hay interés, no hay acción", y mientras no exista un derecho lesionado no se podrá invocar la responsabilidad.

Mazeud concluye: El Derecho Civil sólo puede tener en cuenta el perjuicio privado, la acción no está ya efectivamente en manos de la sociedad, - la ejercita un individuo determinado, quien no puede por consiguiente reclamar sino la reparación de un perjuicio que haya experimentado personalmente". (92)

A fin de evitar confusiones creemos necesario aclarar que perjuicio lo consideramos sinónimo de daño, sin embargo, en su origen, ambas expresiones tuvieron una significación diferente, el *damnum* era el ataque a la integridad de una cosa; ese ataque estaba sancionado sin que hubiera que averiguar si le infería perjuicio al propietario, los jurisconsultos romanos se esforzaron en substituir la noción de *damnum* por la de perjuicio. Actualmente en el lenguaje jurídico como en el lenguaje corriente, daño significa perjuicio, es decir son términos sinónimos.

El perjuicio o daño sufrido puede, sin embargo, ser de naturaleza diferente ya que puede afectar a la víctima pecuniariamente traduciéndose en -

(92) op. cit. pág. 560.

jurisprudencia y la doctrina se encuentran de acuerdo con la norma ya que lógicamente, si la responsabilidad civil tiene como fin exigir la reparación del daño, debe existir algo que reparar; mientras una persona no haya sido lesionada no podrá demandar indemnización, ya que existe el principio universalmente admitido en derecho "Donde no hay interés, no hay acción", y mientras no exista un derecho lesionado no se podrá invocar la responsabilidad.

Mazeaud concluye: El Derecho Civil sólo puede tener en cuenta el perjuicio privado, la acción no está ya efectivamente en manos de la sociedad, - la ejercita un individuo determinado, quien no puede por consiguiente reclamar sino la reparación de un perjuicio que haya experimentado personalmente". (92)

A fin de evitar confusiones creemos necesario aclarar que perjuicio lo consideramos sinónimo de daño, sin embargo, en su origen, ambas expresiones tuvieron una significación diferente, el *damnum* era el ataque a la integridad de una cosa; ese ataque estaba sancionado sin que hubiera que averiguar si le infería perjuicio al propietario, los jurisconsultos romanos se esforzaron en substituir la noción de *damnum* por la de perjuicio. Actualmente en el lenguaje jurídico como en el lenguaje corriente, daño significa perjuicio, es decir son términos sinónimos.

El perjuicio o daño sufrido puede, sin embargo, ser de naturaleza diferente ya que puede afectar a la víctima pecuniariamente traduciéndose en -

(92) op. cit. pág. 560.

una disminución del patrimonio pero puede también afectarle no implicando pérdida pecuniaria sino constituyendo un atentado en contra de un derecho extrapatrimonial, tal como el ataque al honor o a los afectos de una persona. En el primer caso, nos encontramos ante un perjuicio material, pecuniario o patrimonial; en el segundo se trata de un perjuicio moral. Es conveniente distinguirlos ya que si indudablemente se admite que el perjuicio material compromete la responsabilidad respecto al perjuicio moral, la doctrina se ha dividido, sosteniendo por una parte que el daño moral es susceptible y debe ser reparado y por otra que no da origen a la reparación. Consideramos que debe ser rechazada la tesis de acuerdo con la cual el perjuicio moral no debe dar lugar a reparación; ya que indudablemente no cabría borrar un perjuicio moral, pero reparar no es borrar, sino que tan sólo el Juez experimentará mayor dificultad en evaluar un daño moral que en un perjuicio material; pero esa tarea no es imposible. La jurisprudencia admite unánimemente la reparación del daño moral incluso cuando se trata de la lesión de los sentimientos afectivos y se rechaza la tesis según la cual el perjuicio moral no puede ser reparado, dentro del ámbito de la responsabilidad. Este tema lo veremos más ampliamente en el inciso correspondiente al Daño Moral de la presente Tesis. Por lo tanto, cualquier perjuicio permite a la víctima demandar responsabilidad cuando se han reunido los demás elementos constitutivos de responsabilidad. Sin embargo, es necesario que el perjuicio reúna determinados caracteres que examinaremos someramente.

El Perjuicio debe ser Cierto. El perjuicio no puede ser reparado más que si realmente existe, no debe ser meramente hipotético, esto no quiere decir que el perjuicio se haya producido ya sino que tenga que realizarse-

en un futuro. Evidentemente, cuando el perjuicio se ha actualizado no hay problema, su existencia es indudable pero si es un perjuicio futuro puede surgir la duda de si es susceptible de reparación, con frecuencia las consecuencias de un acto son inevitables y ese acto forzosamente tendrá que ocasionar un perjuicio en el provenir que deberá ser reparado; por ello no debe distinguirse entre el perjuicio futuro sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual o hipotético. Mientras exista una duda acerca de si el perjuicio se realizará o no, la acción de responsabilidad civil no debe ser admitida, ya que el perjuicio eventual o hipotético no debe ser reparado. Es muy difícil, sin embargo precisar el carácter de certidumbre del perjuicio. Los Mazeaud nos citan el siguiente ejemplo: "El procurador encargado de interponer la apelación ha dejado transcurrir el plazo, el cliente del cual lo demanda por responsabilidad civil". (93) Se está tentado de rechazar esa acción fundándose sobre el carácter hipotético del daño ya que el juicio muy bien pudo haberse perdido, pero eso es razonar ilógicamente. La realización del perjuicio ya no depende de acontecimientos futuros e inciertos, porque si bien el juicio pudo haberse perdido no existen en el caso que nos ocupa los caracteres de acontecimientos futuros e inciertos que vienen a configurar el carácter hipotético o eventual del perjuicio ya que si el procurador deja transcurrir el plazo para contestar la demanda el juicio, seguramente se perderá; no existe pues incertidumbre y por lo tanto es responsable, no del hecho de ganar el juicio obteniendo una sentencia favorable, pero si de realizar los actos necesarios para el buen trámite del mismo. De lo anterior podemos deducir que afirmar que el perjuicio debe ser cierto es considerar que no existe duda

(93) Ibidem, pág. 545.

sobre su realidad, sin embargo, no es exigir que se haya producido ya, sino que se tiene la certeza de que se producirá en el porvenir y que cabe apreciar su cuantía; no se necesita pues que sea actual el perjuicio, sino que puede ser futuro pero cierto y éste perjuicio debe ser reparado, mientras exista una duda acerca del punto de saber si el perjuicio se realizará o no; no puede darse base a la acción para exigir responsabilidad.

Consideramos pues necesario para evitar confusiones realizar una diferenciación entre daño actual, daño futuro, daño eventual y daño cierto.

Daño Actual: Por contraposición a daño futuro es aquel cuya extensión aparece perfectamente determinada en el momento de efectuarse la reclamación judicial, "por haberse cerrado el ciclo de consecuencias ocasionadas por el hecho ilícito". (94) Es decir daño actual es aquel cuyas consecuencias dañosas se han producido y son susceptibles de ser precisadas con exactitud por haberse presentado ya.

Daño Futuro: Podemos definir el daño futuro diciendo que es aquél cuya extensión y gravedad no aparecen precisadas en el momento de la demanda, debido a que el hecho ilícito aún no ha producido todas sus consecuencias; repercusiones éstas que no obstante, pueden ser precisadas porque razonablemente deben ocurrir de acuerdo a la sucesión normal de los acontecimientos y atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

Daño Eventual: Es aquél cuya existencia depende de la realización de-

(94) Erebba, Roberto. El Daño Moral. Editorial Bibliográfica Argentina.- 1950. 1a. Edición. pág. 300.

otros acontecimientos extraños al acto y que concurren con éste a la realización del perjuicio de tal forma que si estos acontecimientos no se presentan el daño no se producirá.

Daño Cierto. Se entiende por Daño Cierto, que la existencia del mismo no dependerá de que se presenten elementos extraños al mismo de realización incierta, es decir, que puedan producirse o no en el futuro sino que su existencia debe ser indubitable. El daño cierto no constituye una clase especial de daño, sino que con ello se quiere expresar que el agravio debe poseer una condición de certeza; por lo tanto, cabe afirmar que el daño debe existir para que origine el derecho a obtener un resarcimiento, así en el caso que citamos con anterioridad del Procurador que deja pasar el término para contestar la demanda, el perjuicio seguramente se producirá. El Juez se halla capacitado para apreciar partiendo de este hecho dañoso la existencia cierta de un agravio, pudiendo apreciar en forma más o menos exacta las consecuencias que el hecho ocasionará más adelante, cálculo que en cambio no puede en manera alguna, efectuar a menos de considerar multitud de conjeturas, es decir, cuando la existencia del Daño depende de otros acontecimientos que puedan producirse o no en el futuro.

El Perjuicio no Debe haber sido ya Reparado. Cuando la víctima ha sido indemnizada, el perjuicio ha desaparecido, así una vez que se ha realizado el hecho dañoso, el Derecho no puede menos que aceptar que se ha violado una de sus prescripciones normativas y tratar que sea reparado el daño causado, con el fin de borrar los efectos del acto tratando de establecer "una nueva cadena de acontecimientos que se acerquen en lo posible al

proceso causal truncado". (95)

La finalidad de la responsabilidad civil es la reparación, la cual trata de restablecer o restaurar a la víctima al estado de cosas anteriores a la comisión del hecho dañoso. Sin embargo, este fin primordial y último de la reparación no puede ser siempre cumplido, ya que en múltiples ocasiones por razón natural no es posible devolver el estado de cosas existentes antes de la comisión del hecho y por lo tanto, el Derecho sólo puede compensar o atenuar los efectos del acto dañoso. En el caso antes citado cuando es posible la restauración al estado de cosas anterior al evento dañoso, y la reparación se puede ver cumplida en forma completa y se le da el nombre de "Reparación Natural" como sería el caso de cuando se restituye a la víctima de una sustracción el objeto robado; la reparación en su caso compensa el perjuicio ocasionado, pero en caso de que la reparación natural no fuere posible, la reparación busca compensar el perjuicio ocasionado, llevando al sujeto pasivo ya que no a una situación igual, si a una parecida a la que tenía antes; esta forma de reparación se denomina "Reparación por Equivalencia" y el medio generalmente utilizado consiste en el pago de una suma de dinero, sin embargo la reparación por equivalencia puede realizarse por otros modos distintos a una indemnización pecuniaria como podría ser la entrega al damnificado de un objeto similar al destruido o menoscabado por el hecho dañoso; cuando no existe otra forma de reparación más que el pago de una suma de dinero, debemos distinguir dos situaciones distintas:

1. Cuando el daño ocasionado es susceptible de ser evaluado adecuada

(95) op. cit. pág. 314.

mente en dinero.

2. Cuando el daño no admite una evaluación de dinero.

En el primer caso la entrega de la reparación monetaria revestirá un papel específicamente compensatorio, no así cuando el agravio sufrido no admite una apreciación adecuada en dinero, ya que entonces dicha reparación tendrá primordialmente un papel satisfactorio a fin de que la víctima pueda proporcionarse mediante el empleo de la suma de dinero recibida una satisfacción que equivalga al desasosiego sufrido. La naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del daño causado determinará en la mayor parte de las veces el carácter estrictamente compensatorio o satisfactorio de la indemnización pecuniaria.

Sin embargo, la reparación del perjuicio puede acarrear aún otros problemas que creemos necesario tratar. En ocasiones es delicado considerar los casos cuando al concretar la cuantía de la indemnización el mal se agrava luego de la fijación de la indemnización.

Como hemos ya estudiado, el perjuicio futuro debe ser reparado cuando su realización aparezca no sólo como hipotética, sino como cierta, pero ¿puede ser modificada por una resolución la indemnización que tenga autoridad de cosa juzgada?

Pensamos que en principio no es susceptible de ser modificada, pero debemos distinguir, según se trate, de aumentar o disminuir los daños y perjuicios. Así, si la víctima pide aumento en la indemnización recibida, puede obtenerlo con la condición de invocar un perjuicio distinto de aquél

sobre el cual ha fallado la sentencia; así en el caso de agravación de una lesión (tuerto que se vuelve ciego), la sentencia no ha fallado, nada más que sobre el primer perjuicio pero no sobre el segundo, no existiendo pues autoridad de cosa juzgada sobre éste.

Si quien reclama una disminución de la indemnización es el autor del daño, su demanda no puede sino ser rechazada, pretender que el perjuicio es inferior al que fue considerado por el Juez es sostener que éste se ha equivocado al no prever la mejoría del estado de la víctima, por lo que tropieza necesariamente con la autoridad de cosa juzgada. No cabe pues, en el caso que nos ocupa, considerar que la mejoría que se produjo era un supuesto o un perjuicio distinto del perjuicio original.

El Juez debe apreciar el daño que se ha producido. Si este se atenúa con posterioridad a la sentencia, no es posible dictar nueva resolución, ya que la dictada posee la fuerza de cosa juzgada.

Otro de los problemas que se suscitan es lo que la doctrina ha denominado "Acumulación de Indemnizaciones", que se da cuando un tercero indemniza a la víctima por el perjuicio que se le ha causado, por ejemplo: una persona que está asegurada sufre un percance y el seguro le cubre la indemnización correspondiente ¿puede demandar indemnización al autor del daño?. La doctrina se ha pronunciado en el sentido de que "la víctima no puede acumular varias indemnizaciones" por el mismo perjuicio.

El Perjuicio Moral. Se entiende por daño la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un su-

jeto producido por un hecho fuera que engendra en favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el referido hecho, calificado de ilícito y por daño moral, la especie comprendida dentro del concepto genérico de daño expresado, caracterizado por la violación de uno o varios derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de Derecho". (96)

Otros autores como Jossierand definen: "al daño moral cuando se lesiona una persona en su honor, reputación, en una palabra, en su patrimonio moral, o bien en sus afectos". (97)

Rojina Villegas estima que "el daño moral consiste en todo menoscabo o pérdida que sufra un patrimonio, así como la violación de un deber jurídico de cualquier naturaleza contractual, o extracontractual. El daño moral consistirá en toda lesión a los valores espirituales de la persona, originada por virtud de un hecho ilícito, o sea por cualquier tipo de interferencia en la persona, en la conducta o en la esfera jurídica de otra que no esté autorizada por la norma jurídica". (98)

Considera el citado autor que esta interferencia indebida se manifiesta tanto en el incumplimiento de los deberes contractuales o extracontractuales como en la intervención injustificada jurídicamente de la esfera de un sujeto, ya que la lesión de los valores espirituales de una persona comprende todo ataque a su honor, a su honorabilidad, a su reputación, a su -

(96) op. cit. pág. 110.

(97) Jossierand, op. cit. pág. 193.

(98) Rojina Villegas, op. cit. pág. 118.

prestigio y a sus sentimientos o aficiones.

Para los fines de nuestro estudio entenderemos por daño moral la violación de uno o varios de los derechos inherentes de una persona, tales como su honor, reputación, afectos, etc. Es decir, aceptamos en términos generales la definición dada por Brebbia; hemos suprimido intencionalmente el término extrapatrimonial ya que es tan sólo una de las características de los daños morales, y por ella nos basamos en nuestra definición. Debemos entender la extrapatrimonial de los daños morales, no en el sentido de que no influyen en el orden patrimonial, sino en el sentido de que los mismos inciden de una manera indirecta en los bienes de la persona ya que poseen un determinado valor económico, lo que viene a sentar una diferenciación entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Los daños patrimoniales lesionan bienes de índole pecuniaria es decir, bienes patrimoniales. Los segundos afectan bienes personales que no poseen una traducción exacta en dinero, pero tienen un valor económico ya que el menoscabo redundaría indirectamente en el demérito de la capacidad del sujeto para producir o conservar bienes con valor pecuniario, cuando por ejemplo, se lesiona a un técnico o profesional en su honorabilidad por lo que consecuentemente no gozará del mismo prestigio que poseía con anterioridad en el ejercicio de su profesión, mermando su capacidad para producir bienes susceptibles de valoración pecuniaria.

Es sin embargo, raro que un perjuicio moral no vaya acompañado de uno material, por lo tanto desde este punto de vista podemos considerar que existen dos categorías de perjuicios morales; los que están unidos a un

perjuicio material y los que están exentos de toda mezcla, en el primer caso al concederle reparación al primero se le concede al segundo, pero cuando el perjuicio moral es distinto del perjuicio material se plantea la cuestión de saber si la víctima puede obtener su reparación; diciéndose que es imposible demostrar en el terreno de la práctica la existencia de tal clase de agravios, objeción que a nuestro juicio carece de validez ya que si un individuo ha violado o no los derechos inherentes a la personalidad de otro, es una circunstancia de tan fácil demostración como la comprobación de la transgresión de algunos de los derechos patrimoniales del mismo sujeto. Se ha aducido igualmente que los daños morales no son susceptibles de ser evaluados con exactitud. Estamos acordes que los daños morales no pueden ser tasados exactamente en dinero, pero tal circunstancia no puede constituirse en impedimento para la reparación de los daños morales. El Juez como consecuencia podrá acordar una satisfacción compensatoria al sujeto pasivo del agravio, no siendo válida la afirmación de Baudry Lacantinerie et Barde en el sentido de que "significaría someterse a la arbitrariedad de los jueces". (99) ya que el juzgador no podría imponer como indemnización la suma que desee, sino la que resulte de las circunstancias particulares del caso, que deberá estar proporcionada a la gravedad del daño causado: En la actualidad se encuentra admitido por la doctrina y el derecho positivo la reparación de los daños morales consagrándose en gran número de legislaciones. El artículo 1916 de nuestro Código Civil admite que cuando se cause un daño moral por un hecho ilícito, el juez podrá decretar una indemnización equitativa, a título de reparación moral pero ésta sólo existirá cuando se haya causado también un daño patrimonial, pues-

(99) Citado por Del Río González, Manuel. op. cit. pág. 291.

no podrá exceder de la tercera parte de este último, como podemos desprender de la simple enunciación de este artículo, nuestro ordenamiento jurídico sólo considera al perjuicio moral cuando va acompañado de un perjuicio material y no al perjuicio moral puro.

Después de haber estudiado las Teorías que se elaboraron acerca de la responsabilidad, creemos que es necesario esbozar un pequeño ensayo de definición genérica en relación con la Responsabilidad Civil. Pensamos que la Responsabilidad Civil es una consecuencia jurídica compleja, ya que el momento para exigirla, nace cuando se han producido ciertos elementos que la integran y que son absolutamente dependientes, es decir, que por sí mismos no engendran ninguna consecuencia, sino que sólo producen consecuencias de derecho, cuando forman parte de un supuesto jurídico total que no se forma sino que hasta que se presentan estos elementos. Si consideramos la teoría de la culpa, un daño o perjuicio y una relación directa entre la culpa y el daño, faltando uno de estos elementos, la Responsabilidad Civil no se presenta. Ahora bien, si consideramos la Teoría de la Responsabilidad Objetiva, vemos que es igualmente necesario que se presente un hecho injusto en contra de un derecho establecido, un perjuicio y una relación directa entre el hecho y el daño; podemos pues ya esbozar un ensayo genérico de lo que se entiende por Responsabilidad Civil diciendo que:

"La Responsabilidad es una Consecuencia Jurídica Concreta de Indole Compleja que se Presenta cuando varios Elementos absolutamente dependientes se realizan, siendo hasta entonces cuando surge la Obligación de Reparar el Daño".

Los elementos variarán según se adopte la Teoría de la Culpa o bien la

Teoría de la Responsabilidad Objetiva. En la primera serían la culpa, el daño y la relación de causa a efecto entre la culpa y el daño. En la Teoría del riesgo se consideraría: un hecho que lesionara un derecho, un daño y una relación directa entre el hecho y el perjuicio.

Para los fines de nuestro estudio, pensamos que dado el ritmo de la vida moderna, la complejidad de las relaciones sociales y jurídicas, el creciente desarrollo de la industria y el progreso cada día más acentuado de la sociedad en general, la Teoría de la Culpa debe ser abandonada, ya que considera sólo aquellos casos en que actuó culposamente siendo sumamente difícil de probar en múltiples ocasiones la culpa del autor del hecho dañoso, además de que en otros casos no existe culpa y sin embargo, se causa un daño quedando la víctima desprovista de toda acción para pedir la reparación del perjuicio causado.

La Teoría de la Responsabilidad Objetiva regula mayor número de casos en que surge la responsabilidad, protegiendo más eficazmente el patrimonio de la víctima. Las críticas realizadas en contra de la Teoría que nos ocupa no bastan para desvirtuarla y por ello pensamos que:

"La Responsabilidad Civil es una Consecuencia Jurídica Concreta de Indole Compleja que se presenta, cuando existe un Acto no Justificado en contra de un Derecho, un Daño y una Relación Directa entre ambos, siendo hasta entonces cuando surge la Obligación de Reparar".

En efecto, si analizamos brevemente la esencia de la responsabilidad, vemos que es una consecuencia jurídica, ya que cuando se lesiona a un indi

viduo, dicho acto trae aparejadas determinadas consecuencias de derecho - que consisten en la reparación del daño causado, por lo que debe siempre - procurarse tratar de restablecer la situación imperante antes del acto y - sólo que esto no sea posible indemnizar a la víctima.

Esta consecuencia jurídica concreta, se traduce en una obligación de - hacer que es la reparación del daño. Al afirmar que es una consecuencia - jurídica queremos significar que se debe específicamente considerar cada - uno de los casos, con objeto de determinar cuáles son las obligaciones en - que incurre el autor del acto lesivo.

"De índole compleja que se presenta cuando existe un acto no Justifica - do en contra de un Derecho, un Daño y una Relación Directa entre ambos".

Es de índole compleja porque si falta uno de sus elementos no se consti - tuye la figura jurídica de la responsabilidad, estos elementos son abso - lutamente dependientes y sólo cuando se presentan todos ellos es cuando po - demos afirmar que nos encontramos ante la institución de la responsabili - dad.

Pensamos que los elementos de la responsabilidad son:

1. Un acto en contra de un derecho.
2. Un daño o perjuicio.
3. Una relación directa entre el acto y el perjuicio.

Si consideramos el primer elemento, vemos que es necesario un acto no - justificado que puede ser propio o ajeno y que además no se encuentre ampa -

rado por una norma jurídica ya que de ser así, aunque se presentasen los - otros dos elementos no se incurriría en responsabilidad porque faltaría - uno de sus condicionantes, así V.gr.: El que haciendo uso de un derecho - priva a otro de algo que le pertenece dentro de los límites que el derecho le señala no es responsable ya que sólo ha ejercido el derecho que le asis - te como sería el caso de un embargo. Por daño o perjuicio se entiende la - disminución o merma que la víctima sufre en su patrimonio por el actor que le lesiona. Por relación directa, se piensa que basta comprobar el acto, - el daño y que entre el primero y el segundo existe un vínculo de causa a - efecto de naturaleza directa, no debiéndose reparar los casos en que el - perjuicio es indirecto como por ejemplo, en el caso ya citado del indivi - duo que conduce su automóvil y hiere a una persona, que al ser conducida - al hospital, la ambulancia que la traslada tiene un accidente ocasionando - la muerte de la persona. Se debe responder no de la muerte del herido, si - no de las lesiones que le ocasionó, ya que es en este caso donde se da una relación directa.

Siendo hasta entonces cuando surge la Obligación de Reparar .

Sólo cuando se han presentado todos los anteriores elementos es cuando surge la obligación de reparar el daño que se ha causado, ya sea mediante - el restablecimiento de la situación imperante antes del daño causado, lo - que constituye lo que se ha denominado "Reparación Natural", o bien median - te una indemnización pecuniaria, cuando la primera no sea posible.

Estimamos que no obstante las múltiples críticas a que puede estar su - jeta esta definición nos da una idea clara de lo que se entiende por Res -

ponsabilidad Civil.

La importancia de la Responsabilidad Civil en la actualidad es cada día más digna de resaltar, toda vez que nadie debe resignarse a sufrir un perjuicio, de tal manera que es posible intentar acciones que en otras épocas hubieran resultado utópicas, como es la acción base toral de este trabajo recepcional.

"Para la doctrina argentina la obligación de resarcir reconoce como regla los siguientes presupuestos:

- I. Antijuricidad.
- II. Daño.
- III. Causalidad.
- IV. Factores de Atribución.

"La Antijuricidad comprende cualquier obrar contra el Derecho, así como el ejercicio abusivo del mismo.

"El daño da la idea de menoscabo o disminución ocasionados a una persona en sí misma; ya en sus sentimientos o sus bienes materiales.

"La Causalidad viene a ser el nexo existente entre el daño y la antijuricidad.

"Los Factores de Atribución son la Culpabilidad con sus dos tipos: el Dolo y la Culpa.

"El resarcimiento del daño deberá consistir en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero.

Quienes pueden ejercer la indemnización son:

El damnificado directo.

Los herederos del damnificado.

El damnificado indirecto.

Los acreedores del damnificado.

El cesionario. (100)

En México es perfectamente aplicable lo sostenido por la Doctrina Argentina; ya que definitivamente cuando un cónyuge por indicaciones del otro, o en su caso, de común acuerdo no trabaja durante el matrimonio y si éste fue celebrado bajo el régimen de separación de bienes, al ocurrir el divorcio el cónyuge inocente puede ejercer la acción de responsabilidad civil, toda vez que el divorcio en estos casos sin duda le causa daños y perjuicios susceptibles de resarcirse.

(100) Cfr. Barbero, Omar V., Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio. - Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1977, 1a. Edición. págs. 85 a 100.

D) DERECHO EXTRANJERO.

El Código Civil de Perú en su artículo 264 dispone: "Si los hechos - que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés perso - nal del cónyuge inocente, el Juez puede concederle una suma de dinero a - título de reparación moral .

El artículo 1784 del Código Civil de Portugal establece: "Partición - de bienes. El cónyuge declarado único o principal culpable no puede en - la partición recibir más de lo que recibiría si el casamiento hubiese si - do celebrado según el régimen de comunidad de adquisiciones .

"En el Derecho Japonés, puede obligarse al marido a pagar daños si él - los ha causado a la esposa daños o penas .

"En el Derecho Soviético el cónyuge culpable es condenado al pago de - de una multa .

En el Código Civil de 1907 de Suiza se prevén indemnizaciones deriva - das del divorcio en los artículos 151 y 153 .

"En el Derecho Argentino respecto al monto de la indemnización, debe - tomarse en cuenta la situación patrimonial de los esposos, las ventajas - pecuniarias que el inocente puede obtener del divorcio, la edad de los es - posos, la duración del matrimonio y el estado de salud de aquéllos, la - gravedad de la culpa y la culpa concomitante del lesionado, así como la - forma en que se otorga la indemnización. En cuanto al daño moral, para -

su fijación debe tenerse en cuenta, además de todos los elementos objetivos, la gravedad de la falta". (101)

D) DERECHO MEXICANO.

El Código Civil para el Estado de Chihuahua, trata lo referente a la Responsabilidad Civil entre los artículos 1458 al 1487.

C A P I T U L O I V

De la Responsabilidad Civil.

"Artículo 1458: Son causas de Responsabilidad Civil:

- I. La falta de cumplimiento de un contrato.
- II. Los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por la ley".

"Artículo 1459: El contratante que falte al cumplimiento del contrato, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable de los daños y perjuicios que cause al otro contratante, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito, a los que aquel de ninguna manera haya contribuido".

"Artículo 1460: La responsabilidad procedente de dolo tiene lugar en todos los contratos".

"Artículo 1461: Es nulo el pacto en que se renuncia para lo futuro el

(101) Cfr. Barbero, Omar V. op. cit. págs. 166, 168, 170 y 180.

derecho de exigir la responsabilidad que proviene de dolo".

"Artículo 1462: Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o ha contribuido a él, y cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad".

"Artículo 1463: La responsabilidad de que trata este capítulo, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entreambos en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios".

"Artículo 1464: Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación".

"Artículo 1465: Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de la obligación".

"Artículo 1466: Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".

"Artículo 1467: Si la cosa se ha perdido o ha sufrido un deterioro tan grave que a juicio de peritos no pueda emplearse en el uso a que naturalmente está destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella".

"Artículo 1468: Si el deterioro es menos grave, sólo el importe de éste se abonará al dueño al restituírsele la cosa".

"Artículo 1469: El precio de la cosa será el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño, excepto en los casos en que la ley o el pacto señalen otra época".

"Artículo 1470: Al estimar el deterioro de una cosa, se entenderá no sólo a la disminución que él cause en el precio absoluto de ella, sino a los gastos que necesariamente exija la reparación".

"Artículo 1471: Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño: el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercia parte del valor común de la cosa".

"Artículo 1472: La responsabilidad civil puede ser regulada por el convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa".

"Artículo 1473: La responsabilidad civil no puede exigirse sino por el que tiene el derecho de pedir el cumplimiento de la obligación y por aquel a cuyo favor la establece expresamente la ley".

"Artículo 1474: Cuando sean varias las personas responsables civilmente, se observarán las reglas relativas a las obligaciones mancomunadas, si fueren de esta especie las que sirvan de fundamento al contrato: en caso contrario cada una responderá por su parte".

"Artículo 1475: Si para salvar una población se causa daño a uno o varios individuos, o se ocupa su propiedad, la indemnización se hará en los términos que establezca la Ley Orgánica del artículo 27 de la Constitución

Federal".

"Artículo 1476: El dueño de un edificio es responsable del daño que - cause la ruina de éste, si depende de descuido en la reparación o de defectos de construcción".

"Artículo 1477: En el segundo caso del artículo anterior queda salvo al dueño su derecho contra el arquitecto, conforme al artículo 2485".

"Artículo 1478: Lo dispuesto en el artículo 1476 comprende los daños causados por la caída parcial de algún edificio o de árboles o de cualquier otro objeto de propiedad particular; los que provengan de descomposición de canales y presas, los que se causen en la construcción y reparación de edificios, y los que sean resultado de cualquiera acto lícito en sí mismo, pero en cuya ejecución haya habido culpa o negligencia".

"Artículo 1479: También habrá lugar a la responsabilidad civil por los daños que causen los establecimientos industriales, ya en razón del peso y movimiento de las máquinas, ya en razón de las exhalaciones deletéreas; o por la aglomeración de materias o animales nocivos a la salud, o por cualquiera otra causa que realmente perjudique a los vecinos. Esta materia queda sujeta a los reglamentos de policía".

"Artículo 1480: El daño causado por animales se regirá por lo dispuesto en el Código Penal o en Leyes especiales".

"Artículo 1481: La responsabilidad que provenga de hecho ajeno, se regirá por las disposiciones especiales de este Código y a falta de ellas por las relativas del Código Penal".

"Artículo 1482: Cuando en un contrato no se hubiere fijado algún inte

rés, si por sentencia debiere pagarse alguno, su tasa será el seis por ciento anual".

"Artículo 1483: El pago de los gastos judiciales será a cargo del que faltare al cumplimiento de la obligación, ya se hará en los términos que establezca el Código de Procedimientos".

"Artículo 1484: La responsabilidad civil prescribe con la obligación-cuya falta de cumplimiento la produce".

"Artículo 1485: La responsabilidad que se funda en las disposiciones de los artículos 1480 y 1481, prescribe en el plazo señalado en los artículos 1095, fracción VIII y 1102".

"Artículo 1486: Las disposiciones contenidas en este capítulo se observarán en todos los casos que no estén comprendidos en algún precepto especial del Código".

"Artículo 1487: En la materia contenida en este capítulo se observarán también los reglamentos administrativos en todo aquello que no fueren contrarios a las disposiciones anteriores".

El Código para el Distrito Federal en su artículo 1910 dispone: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Igualmente, el Código en comento en su artículo 1915 prevé lo siguiente: "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el-

restablecimiento de la situación anterior cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios..."

Asimismo, en el artículo 1916 del ordenamiento legal de referencia se habla del daño moral de esta forma: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás..."

El artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal en su cuarto párrafo establece que: cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

CONCLUSIONES

- PRIMERA:** La acción de Responsabilidad Civil que ejerce el cónyuge económicamente no activo durante el matrimonio, para el caso de divorcio se aplica cuando el matrimonio se celebró bajo el Régimen de Separación de Bienes.
- SEGUNDA:** En México es muy común que la mujer por indicaciones del esposo exclusivamente se dedique a las labores del hogar y que el marido sea quien se desarrolle, de tal manera que, cuando considera que no hay equilibrio entre él y la esposa recurre al divorcio, con la seguridad de que por estar casados por separación de bienes, solamente deberá otorgarle pensión alimenticia.
- TERCERA:** En el caso que nos ocupa el cónyuge que económicamente activo, actúa con dolo respecto al otro cónyuge.
- CUARTA:** La actitud del cónyuge económicamente activo en el aspecto tratado en este trabajo, causa daños y perjuicios al otro cónyuge.
- QUINTA:** Proponemos que al ejercer la acción de Responsabilidad Civil, el cónyuge económicamente no activo, aspire al 50% del haber patrimonial del otro cónyuge.
- SEXTA:** Al proponer como requisito idóneo o supletorio el de la Sociedad Conyugal, el legislador previó situaciones como la contemplada en este trabajo.

- SEPTIMA:** El trabajo desarrollado por la esposa en el hogar, resulta fundamental para el desenvolvimiento del esposo, por ello consideramos que tiene derecho a ejercer la acción de Responsabilidad Civil contra el esposo en caso de divorcio, de acuerdo a las características ya mencionadas.
- OCTAVA:** De acuerdo a lo estudiado el divorcio deja más consecuencias morales que económicas, por lo que debe considerarse que el cónyuge inocente en el divorcio puede exigir el pago del daño moral.
- NOVENA:** Debe haber mayor equidad en el trato que recibe el cónyuge económicamente no activo, toda vez que su actividad también es importante para el desarrollo armónico de la familia.
- DECIMA:** Es necesario reformar en lo conducente el Código Civil para el Distrito Federal, en los aspectos mencionados en el presente trabajo recepcional.

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

1. ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Teoría General del Derecho Administrativo. Cárdenas Editores. México. 1981. 2a. Edición.
2. AHRENS, JAMES. Curso de Derecho Natural. Editorial Bosch. Barcelona, - España. Traducción. 1987. 6a. Edición.
3. ALBA, CARLOS H. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano. Editorial Panorama. México. 1949. 1a. Edición.
4. ANDRADE, MANUEL. Consideraciones sobre la Ley de Relaciones Familiares de 1917. Editorial Andrade. México. 1930. 1a. Edición.
5. BARBERO, OMAR V. Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1977. 1a. Edición.
6. BIELSA, RAFAEL. Administrativo. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1962. 1a. Edición.
7. BONECASSE, JULIAN. Elementos de Derecho. Tomo I. Editorial Cajica, Puebla. México. 1953. 2a. Edición.
8. BRAVO VALDES, BEATRIZ Y BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN. Derecho Romano. Primer Curso. Editorial Pax. México. 1988. 13a. Edición.
9. BREBBIA, ROBERTO. El Daño Moral. Editorial Bibliográfica Argentina. - 1950. 1a. Edición.
10. CANTU, CESAR. Historia Universal. Tomo I. Editorial Pax. México. 1960.
11. CASO, ANTONIO. Sociología. Fondo de Cultura Económica. México. 1968.- 4a. Edición.
12. CASTAN TOBERNAS, JOSE. Derecho Civil Común y Foral. Tomo I. Editorial-

- Reus. Madrid, España. 1958. 3a. Edición.
13. COLIN Y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil. Editorial Reus.- Madrid, España. 1952. 5a. Edición.
 14. COLOMBO, LEONARDO A. Culpa Aquiliana. Editorial Tea. Buenos Aires, - Argentina. 1947. 3a. Edición.
 15. DEL RIO GONZALEZ, MANUEL. Compendio de Derecho Administrativo. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1984. 4a. Edición.
 16. DIAZ PAIRO, ANTONIO. Tratado General de las Obligaciones. Editorial- Temis. Cuba. 1951. 1a. Edición.
 17. DICCIONARIO ETIMOLOGICO DE LA LENGUA CASTELLANA. Madrid, España. 1959.
 18. DICCIONARIO PEQUERO LAROUSSE ILUSTRADO. Editorial Larousse. París, - Francia. 1972.
 19. ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPAÑOLA. Editorial Reus. Madrid, España. 1960.
 20. ENNECCERUS, LUDWING, KIPP THEODOR Y WOLFF, MARTIN. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1954. 11a. - Edición.
 21. ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO. Apuntes para la Historia del Derecho en - México. Editorial Porrúa. México. 1984. 2a. Edición.
 22. FERNANDEZ CLERIGO, LUIS. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Editorial Uthea. México. 1947. 1a. Edición.
 23. GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México. - 1979. 3a. Edición.
 24. GOMA, INDALECIO. La Familia. Editora Nacional. Barcelona, España. - 1936. 1a. Edición.

25. JOSSERAND, LOUIS. Derecho Civil. Editorial Bosch. Buenos Aires, Argentina. 1950. 1a. Edición.
26. JUSTIN FRANCO, JOSE. Leyes de Matrimonio, Separación y Divorcio en los Estados Unidos. Editorial Jus. Nueva York. Estados Unidos de América. 1955. 2a. Edición.
27. LAFAILLE, HECTOR. Teoría General de las Obligaciones. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1926. 1a. Edición.
28. LOZANO NORIEGA, FRANCISCO. Tópicos sobre Regímenes Matrimoniales. Edición del Autor. México. 1973.
29. MACLVER Y CHARLES H. PAGE. Sociología. Editorial Mc Graw Hill. México. 1971. 2a. Edición.
30. MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA. Comentarios al Código Civil Español. Madrid, España. 1907. 3a. Edición.
31. MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge. México. 1982. 11a. Edición.
32. MAZEAUD, HENRI Y LEON. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil y Contractual. Editorial Calmex. México. 1945. 1a. Edición.
33. MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. Teoría de los Agrupamientos Sociales. Editorial Porrúa. México. 1963. 3a. Edición.
34. MONTERO DUHALT, SARA. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México. 1990. 4a. Edición.
35. PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional, Traducción. México. 1980. 9a. Edición.
36. PINA, RAFAEL DE. Elementos de Derecho Civil. Editorial Porrúa. Tomo-

11983. 13a. Edición.

37. PLANIOL, MARCEL Y JORGE RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil - Francés. Tomo VIII. Editorial Cultura. La Habana, Cuba. 1940. - 1a. Edición.
38. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Editorial-Porrúa. México. 1963. 6a. Edición.
39. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Tratado General de las Obligaciones. Editorial Antigua Librería Robledo. México. 1952. 1a. Edición.
40. RUGGIERO, ROBERTO DE. Instituciones de Derecho Civil. Editorial Reus. Madrid, España. 1944. 1a. Edición.
41. SOHM, RODOLFO. Derecho Romano. Editora Nacional. México. 1973. 5a. - Edición.
42. TACCHI, VENTURI. Historia de las Religiones. Traducción. Editorial - Diana. México. 1970. 1a. Edición.
43. TADESCHI, GUIDO. El Régimen Patrimonial de la Familia. Editorial - Reus. Traducción. Madrid, España. 1954. 1a. Edición.
44. VAILLANT, GEORGE. La Civilización Azteca. Fondo de Cultura Económica. México. 1970. Traducción. 6a. Edición.
45. VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. Derecho Civil Español. España. 1921. 2a. Edición.
46. VENTURA SILVA, SABINO. Derecho Romano. Editorial Porrúa. México. - 1988. 9a. Edición.

LEGISLACION

- A. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- B. CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE HIDALGO.
- C. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.
- D. CODIGO CIVIL DE PERU.
- E. CODIGO CIVIL DE ESPANA.
- F. CODIGO CIVIL DE PORTUGAL.