

00781

3
26



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

LA SOLEMNIDAD DE LOS NEGOCIOS CIVILES
NATURALEZA JURIDICA
Análisis histórico-doctrinario-legislativo

T E S I S

QUE PRESENTA LA C.
LIC. VELIA PATRICIA BARRAGAN
CISNEROS

PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO

ASESOR:
DOCTOR GENARO CASTRO FLORES

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

RESUMEN

Las solemnidades nacen con el hombre mismo. Su origen es el origen del hombre. Donde quiera que este aparece se muestra temeroso de lo desconocido; esto le da un acento profundamente religioso y solemne. Las solemnidades se van desarrollando e impresionan a todos los actos importantes en la vida de los pueblos y de los hombres. La dual naturaleza de los príncipes romanos fijó el rol de las solemnidades en el Derecho Civil que siglos después, desmembrado el poder iglesia-Estado, imperaría en Europa Occidental y en la América hispana. Los negocios solemnes representativos de cada tipo son: el matrimonio, en el derecho familiar; el testamento en el Derecho sucesorio; el contrato de compraventa de inmuebles en el Derecho de las Obligaciones. El objeto de las solemnidades es llamar la atención de las partes acerca de la importancia del suceso que en ese momento tiene lugar y, por lo mismo, las consecuencias de su inobservancia dependerán de la trascendencia que jurídica y socialmente se les atribuya. No existe sanción de inexistencia en el Derecho mexicano; la solemnidad es siempre un requisito de validez cuya omisión se sanciona con la nulidad absoluta en el testamento; con la anulabilidad en el contrato; en el Derecho de familia igualmente con la anulabilidad pero no siempre es así, dándose el caso en que no exista sanción alguna. En ocasiones introducen los legisladores nociones jurídicas que mas mal que bien causan a la Ciencia Jurídica, como es el caso de la inexistencia de los actos jurídicos; pero mucho mas grave resulta que la doctrina que sirve de base a los estudios del Derecho exponga equivocadamente lo que la ley no ordena ni es aplicable judicialmente.

ABSTRACT

Formalities are born with man himself. Their origin is also the origin of man. Wherever man appears he shows his fear towards the unknown. This gives him a deeply religious and solemn accent. As formalities develop, they impress all the important facts in people's and men's life. The dual nature of the Roman prince set the role of formalities in the civil law that centuries after, broke the church-state up, would rule in Occidental Europe and Hispano-America. The representative formal acts of each type are: marriage, family rights; will in the succesory right and contract of sale and purchase of real estate, in the obligations law. The objective of formalities is to attract the attention of the parties about the importance of the event having place at that moment and, by the same, the consequences of it's inobservancy will depend upon the trascendency that legally and socially are conferred upon them. In mexican law there is no nonexistent sanction. The formality is always a validity-requisite whose omission is sanctioned with the absolute nullity in the will; with the annulment in the contract; in the family law the nullity also proceeds but is not always like that, it might be that there is not any sanction. Sometimes the legislators introduce legal notions that cause more bad than good to the legal cience. That is the case of the nonexistence of the legal acts; but it becoms more serious the fact that the doctrine which is the basis of the law studies expounds incorrectly things the law does not order and which are not judicially applicable.

A lo largo de su vida el hombre va construyendo metas, que muchas veces se vuelven sueños ideales. En ese construir y en el lograr no está solo con sus pensamientos y acciones; quienes le quieren y le aprecian empujan adelante haciendo el camino menos dificultoso. Si bien, los ignorantes y los perversos levantan barreras de egoísmo. A los primeros mi agradecimiento sincero; a los otros... el polvo del olvido.

AGRADECIMIENTO:

A mi madre

Alejandrina Cisneros Páez (Q.E.P.D.)

A mis hermanas y hermano político:

Rina, Rebeca, Zita y Ernesto

A mis profesores, que desde la primaria hasta el doctorado, con su profunda dedicación docente y calidad humana, me transmitieron lo mejor de su experiencia y me obsequiaron consideración y afecto.

Al Lic. José Hugo Martínez Ortiz

Al Lic. Rafael Favela Alvarez

TESIS

COMPLETA

DEDICATORIA:

Al Lic. Octavio Alvarez González(Q.E.P.D.)

No fue la muerte quien lo volvió justo y bueno; esas fueron siempre sus calidades; pienso y creo que El Altísimo lo llamó an ticipadamente porque lo estaba necesitando para que le ayude a dictar la justicia divina.

V.P.B.C.

I N D I C E S I S T E M A T I C O

PRESENTACION	9
--------------	---

CAPITULO I

EL CONCEPTO NEGOCIO JURIDICO

1.- ANTECEDENTES REMOTOS	12
2.- INTRODUCCION DEL CONCEPTO "NEGOCIO JURIDICO" EN LA DOCTRINA NACIONAL	14
3.- DELIMITACION DE NUESTRO OBJETO DE ESTUDIO	15
3.1. CLASIFICACION DE PLANIOL	15
3.2. LA ESCUELA DE LA EXEGESIS	17
3.3. TEORIA ALEMANA	20
4.- LA DOCTRINA NACIONAL	29
5.- ELABORACION DEL CONCEPTO	36
CITAS BIBLIOGRAFICAS	42

CAPITULO II

ORIGEN Y DESARROLLO HISTORICO DE

LAS SOLEMNIDADES DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS

1.- EL CONCEPTO DE SOLEMNIDADES	45
2.- GENESIS DE LAS SOLEMNIDADES	48
3.- EL ANTIGUO EGIPTO	51
4.- GRECIA	53
5.- ROMA	57
5.1. ANTIGUEDADES ROMANAS	57
5.2. LAS DOCE TABLAS	60

5.3. SOLEMNIDADES DE LOS NEGOCIOS CIVILES EN EL DERECHO ROMANO ANTIGUO	63
5.3.1. LA MANUMISION	63
5.3.2. LA ARROGACION	64
5.3.3. LA ADOPCION	65
5.3.4. TESTAMENTOS	66
5.3.5. NEGOCIOS INTER VIVOS	70
5.4. CRISTIANIZACION DEL IMPERIO ROMANO	71
5.5. EL DERECHO JUSTINIANO	76
5.5.1. SOLEMNIDADES DE LA MANUMISION	77
5.5.2. EL MATRIMONIO	79
5.5.3. LA ADOPCION	79
5.5.4. LA LEGITIMACION	81
5.5.5. LA EMANCIPACION	81
5.5.6. ADICION DE LA HERENCIA	81
5.5.7. TESTAMENTOS	82
5.5.8. CONTRATOS	86
6.- LA INFLUENCIA DEL DERECHO CANONICO	90
7.- ROMANIZACION JURIDICA DE LA EUROPA UNIVERSITARIA	90
CITAS BIBLIOGRAFICAS	95

CAPITULO III

RECEPCION DE LAS SOLEMNIDADES EN EL DERECHO EUROPEO Y AMERICANO

1.- EL DERECHO CANONICO	101
2.- ALEMANIA	105

2.1. EL REGISTRO DEL CONSERVADOR	107
2.2. FORMALISMO Y CONSENSUALISMO	108
2.3. EL MATRIMONIO	109
2.4. TESTAMENTOS	110
3.- FRANCIA	111
3.1. EL REGISTRO CIVIL	116
3.2. INFLUENCIA DEL DERECHO CANONICO EN EL CODIGO CIVIL FRANCES	117
3.3. LA ADOPCION	121
3.4. ADOPCION TESTAMENTARIA	122
3.5. TESTAMENTOS	122
3.6. FORMALISMO CONTRACTUAL	124
4.- ITALIA	126
4.1. RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL	127
4.2. EL MATRIMONIO	127
4.3. FORMALIDADES DEL TESTAMENTO	128
4.4. NEGOCIOS ENTRE VIVOS	128
5.- ESPAÑA	129
6.- EL DERECHO CIVIL DE LA REPUBLICA DE PERU	134
7.- REPUBLICA DE CHILE	135
8.- COLOMBIA	140
9.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	141
CITAS BIBLIOGRAFICAS	146

CAPITULO IV

LAS SOLEMNIDADES EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO VIGENTE

1.- FORMALISMO Y CONSENSUALISMO	150
2.- LA FORMALIDAD DE LOS NEGOCIOS CIVILES	155
3.- LAS SOLEMNIDADES EN LA DOCTRINA JURIDICA NACIONAL	156
4.- LOS CRITERIOS OPUESTOS	165
5.- EL CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION	166
6.- NUESTROS NEGOCIOS SOLEMNES	168
6.1. NEGOCIOS SOLEMNES DEL DERECHO DE FAMILIA	174
6.2. NEGOCIOS POST-MORTEM	176
6.3. NEGOCIOS INTER VIVOS	179
6.3.1. LA SUBROGACION	180
7.- FUNCION DE LOS REGISTROS PUBLICOS	182
7.1. LA SOLEMNIDAD DEL REGISTRO EN EL TESTAMENTO OLOGRAFO	183
CITAS BIBLIOHEMEROGRAFICAS	187

CAPITULO V

NATURALEZA JURIDICA DE LAS SOLEMNIDADES EN EL NEGOCIO JURIDICO

1.- MARCO TEORICO	190
2.- EL CODIGO CIVIL Y SUS ARTICULOS 1794 y 1795	200
3.- NUESTRAS FUENTES	202
4.- LAS NOCIONES DE INEXISTENCIA Y NULIDAD	208
5.- EL CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION	211
5.- NATURALEZA JURIDICA DE LAS SOLEMNIDADES EN LOS	216

NEGOCIOS CIVILES	
6.1. EL MATRIMONIO	216
6.2. NEGOCIOS MORTIS CAUSA	219
6.3. NEGOCIOS INTER VIVOS	221
7.- EL DERECHO CIVIL DE LOS ESTADOS	224
7.1. JALISCO	234
7.2. PUEBLA	236
7.3. TLAXCALA	237
7.4. QUINTANA ROO	238
7.5. TAMAULIPAS	241
7.6. YUCATAN	242
8.- POSICION CRITICA	243
CITAS BIBLIOHEMEROGRAFICAS	246
CONCLUSIONES	249
BIBLIOHEMEROGRAFIA	253
LEGISLACION	260
ABSTRACT	262

* * * * *

* * * * *

* * *

* *

*

PRESENTACION

El objeto de las siguientes palabras es presentar un trabajo de investigación relativo a la naturaleza jurídica de las solemnidades en los negocios del Derecho Civil sustantivo. La inquietud por el tema nace en las aulas donde se imparte el Derecho en las que los profesores enseñan que la solemnidad es un elemento de existencia del acto civil, elemento no considerado en las leyes civiles, agregando algunos que la omisión de dicha solemnidad se sanciona con la nulidad del acto. Estas enseñanzas se antojan inexactas y contradictorias dado que conllevan indefinición sobre la naturaleza de los "moldes formales", como les llaman a veces los tratadistas. La importancia del tema consiste entonces en aclarar y precisar qué es la solemnidad y cuál su rol específico en estos negocios a fin de que no se confunda el conocimiento de los futuros juristas.

Dado que la solemnidad de nuestros negocios civiles es fruto de una ininterrumpida tradición, exponente de la vida en su doble-dimensión -espacio y tiempo- se precisa la fusión de la orientación histórica y la elaboración sistemática del Derecho, en su recíproco entrecruzamiento, como elementos de una Ciencia del Derecho para convertir a la Historia del Derecho en instrumento de interpretación del presente, por lo que el método que utilizamos en esta investigación es el de Savigny para lograr una correcta interpretación de la norma jurídica.

Las hipótesis planteadas al inicio del trabajo fueron: I. La solemnidad es un elemento de existencia del negocio jurídico; II. La solemnidad es requisito de validez del negocio jurídico.

Se plantean cinco puntos básicos para el desarrollo del tema: -

I.- El concepto negocio jurídico, para explicar y justificar la introducción de un término que no aparece en la legislación civil sustantiva del Distrito Federal y de la gran mayoría de los Estados miembros de la Federación, pero alrededor del cual gi--ran las solemnidades; II.- El origen y desarrollo histórico de las solemnidades, cuyo objeto es demostrar en qué consisten las solemnidades y cuál es su función en el negocio jurídico; III.- La recepción de las solemnidades en el Derecho europeo y en el americano, a través del cual se expone cómo las solemnidades sa--lieron de Roma y se quedaron en Europa Occidental y en la Améri--ca que invadieran los hispanos, tomándose, al efecto, como mues--tra, la legislación y la doctrina jurídica de los países más re--presentativos para nuestro estudio. IV.- Las solemnidades en --el Derecho Civil mexicano vigente nos remite a cada uno de los--negocios que, de conformidad con el Código Civil para el Distri--to Federal de 1928, deben ser celebrados mediando alguna solem--nidad, lo que permite precisar cuáles son nuestros negocios so--lemnes y en qué consiste la solemnidad en cada uno de ellos. --V.- Para finalizar, en este Capítulo denominado "Naturaleza Ju--rídica de las Solemnidades en el Negocio Jurídico", convergen --los resultados de los capítulos anteriores y se comprueban o --

disprueban las hipótesis a partir de la legislación nacional, - es decir, la del Distrito federal y la de los Estados, considerándose y comentándose el Derecho civil de aquellos que se han apartado del Código modelo (D.F.) para tratar de crearse una -- identidad jurídica especial.

La importancia del estudio no es de orden meramente teórico; su contenido ofrece un aspecto legal y otro práctico derivado de - la realidad jurídica y de la judicial. Puesta de frente a la - ley, a la Jurisprudencia y a la doctrina, determino mis resultados de una investigación que me permitió introducirme en el interesante mundo de la Historia del Derecho, apreciar su impor-- tancia y emplear este conocimiento en la solución de problemas- actuales, tales como los que se refieren a la naturaleza jurídica de las solemnidades en los negocios civiles. Las conclusio-- nes fijan mi criterio personal al respecto.

LA SOLEMNIDAD DE LOS NEGOCIOS CIVILES
NATURALEZA JURIDICA
Análisis histórico-doctrinario-legislativo

CAPITULO I

EL CONCEPTO NEGOCIO JURIDICO

1.- ANTECEDENTES REMOTOS

La denominación "negocio jurídico", de uso poco frecuente en -- nuestras aulas de las escuelas de Derecho y, por consiguiente, -- en los foros de esta disciplina, en los años recientes ha comen-- zado a ser abordado por algunos científicos mexicanos, quienes-- se han mostrado notablemente interesados en esta categoría doc-- trinal, ubicándola, desde luego, en la teoría general del Dere-- cho Civil.

Como la mayoría de los conceptos y figuras que integran nuestro moderno Derecho Civil, el negocio jurídico se remonta al ances-- tral Derecho Romano, resultando así que no se trata de una pro-- ducción de Derecho moderno.

En su disertación acerca de los derechos in re y los derechos - ad rem, Grocio aplicaba el concepto "negocio" a los derechos ad rem y siendo éstos los personales, resulta que dicha califica-- ción jurídica correspondía a los contratos. Explicaba este doc-- to lo siguiente: "Del derecho in re nacen las acciones reales -

contra cualquier poseedor; del derecho ad rem solamente las personales contra aquel que negoció conmigo, no contra un tercero- poseedor; exceptuando algunas pocas que aunque son personales, - se dirigen contra cualquier poseedor, por lo que se llaman **in re scriptae**. Así por ejemplo, en virtud del dominio como derecho in re vindico la cosa donde quiera que la hallo ya esté en poder de la persona que contrató conmigo o en el de otra diversa. Por el contrario, si compro un libro a un librero y éste antes de entregármelo lo vende por segunda vez a Pedro, no podría yo repetir contra éste, porque no contraté con él, sino contra el librero a quien lo compré, porque obro en virtud del contrato, esto es, del derecho ad rem" (1). Se desprende de esta lección que fueron sinónimos los conceptos "negociar" y "contratar".

Por su parte enseñaba Heineccio, que por Derecho Romano las convenciones se dividían en contratos y pactos y que éstos no producían acción, sólo los contratos, cosa que aclaraba Merilio diciendo que "... no resultaba acción entre los ciudadanos romanos, porque ellos habían obligado la palabra en los contratos de los negocios, no en los pactos puros" (2). En apoyo a estos antecedentes acudimos a Planiol, quien manifiesta que la palabra "acto" posee un doble sentido jurídico: tanto designa una operación jurídica y corresponde al latín "negotium"; tanto designa un escrito probatorio destinado a hacer constar cualquier cosa, y responde al latín "instrumentum" (3).

A partir de las elaboraciones doctrinales francesas en torno al Código Napoleón, el concepto "negocio" se abandona para dar paso al acto jurídico, criterio adoptado por las escuelas francesas y que, dado el prestigio de este Código y la influencia que ejerció en las codificaciones europeas y americanas, se extendió en forma tan abasalladora que el negocio romano no volvió ni a la legislación ni a la doctrina jurídica, sino hasta el presente siglo en alas de las letras alemanas.

2.- INTRODUCCION DEL CONCEPTO "NEGOCIO JURIDICO" EN LA DOCTRINA NACIONAL.

El concepto "negocio jurídico", al que habremos de referirnos en este Capítulo, ha sido, como muchos otros, una recepción doctrinal relativamente reciente en México, reconoce una procedencia alemana y desconoce su raíz romana. Si bien, actualmente tiene una gran aceptación entre los tratadistas europeos, sobre todo a partir del nuevo Código Civil Alemán, entre nosotros se detectan algunas dificultades técnicas para una integración real, dada una arraigada tradición nacional cuya fuente indiscutible es la doctrina francesa, en forma tal, que su categorización es frecuentemente rechazada o simplemente ignorada por los autores del país; no obstante, es preciso reconocer la importancia de los esfuerzos de quienes han dado cabida al negocio jurídico, algunos de ellos dedicando trabajo intelectual muy notable e intenso al esclarecimiento del tema. Podemos citar aquí -

los nombres de Eduardo Pallares, Galindo Garfias, Ortiz Urquidi, Villoro Toranzo y Domínguez Martínez.

3.- DELIMITACION DE NUESTRO OBJETO DE ESTUDIO

Con la finalidad de delimitar y esclarecer nuestro campo de estudio, acudiremos a las tesis francesa y alemana, cuna y fuente de clasificaciones y conceptualizaciones de los aconteceres que producen consecuencias de Derecho, conviniendo en precisar sus incidencias en la doctrina nacional y, en todo caso, su utilidad práctica.

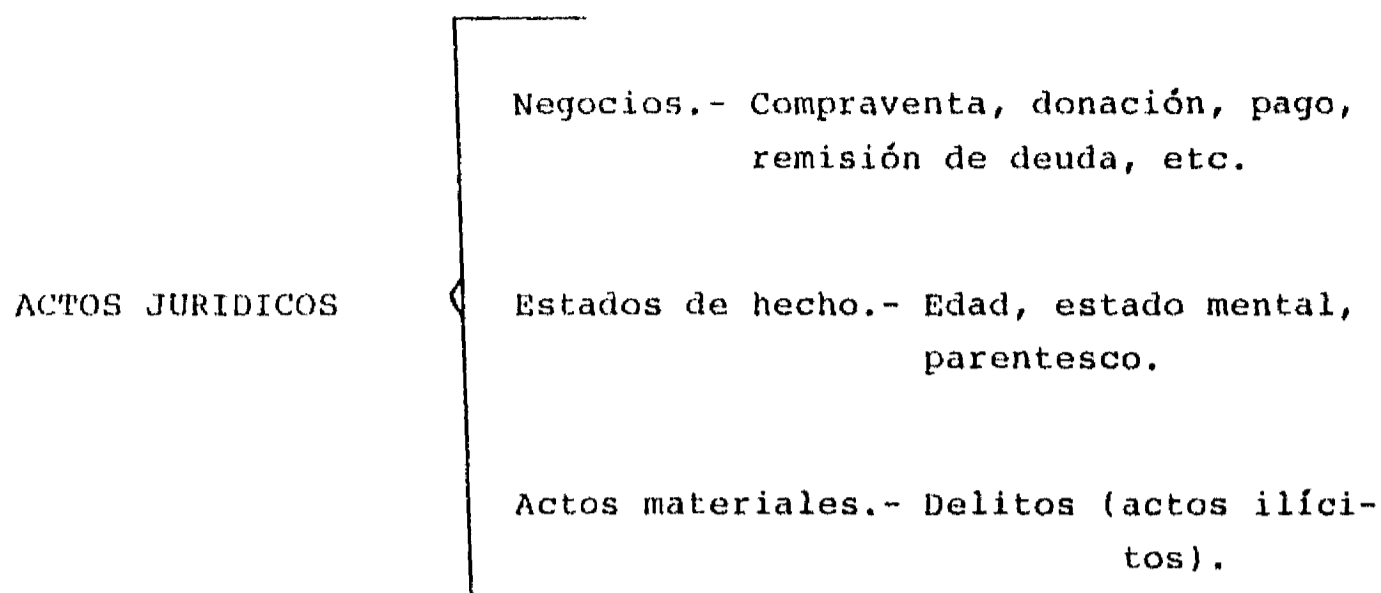
Indudablemente que existe una categorización de los acontecimientos que se suscitan en el mundo del Derecho, siendo la primera aquella que distingue los actos volitivos de los que no lo son, e igualmente deben distinguirse diferencias entre los propios actos volitivos, aunque aparentemente no parezcan estar -- muy claros los criterios diferenciadores establecidos por los autores, a los que otros atribuyen defectos, excepciones y pe-- ros, así que, sin pretender en absoluto desvirtuar sus apreciaciones sobre el particular, acudiré a estos antecedentes y presupuestos básicos para desarrollar esta parte del trabajo que -- aquí se presenta.

3.1. CLASIFICACION DE PLANIOL

Al parecer no hay elaboración doctrinal de Planiol en torno a -

los fenómenos naturales que producen efectos en el Derecho, sino que sus estudios se desarrollan en torno al acto jurídico, - estrictamente; como explicamos anteriormente, anotaba este doctor que la palabra acto posee un doble significado jurídico: tanto designa una operación jurídica como un escrito probatorio; - así para el Derecho francés, en forma tal que una venta, una donación, un pago, una remisión de deuda, considerados en sí mismos y abstracción hecha de la prueba, son considerados actos jurídicos adecuados para realizar uno o más efectos de Derecho; - se llaman jurídicos en razón de la naturaleza de sus efectos. - Las otras causas que pueden producir estos efectos, son los estados de hecho y los actos materiales. Continuaba Planiol explicando, que los estados de hecho que producen efectos de Derecho pueden ser la edad, que determina el estado jurídico de la mayoría o de la capacidad, o bien, el estado mental de loco o imbecil, que priva de la capacidad natural; también el parentesco, - que siendo un hecho natural, confiere diferentes derechos, como el de sucesión, e impone cargas como la obligación alimentaria. Se refirió también a los actos materiales que engendran efectos de Derecho, tales como los delitos, en virtud de los cuales, la ley obliga al autor del acto a reparar las consecuencias y crea un derecho en favor de la víctima del daño (4).

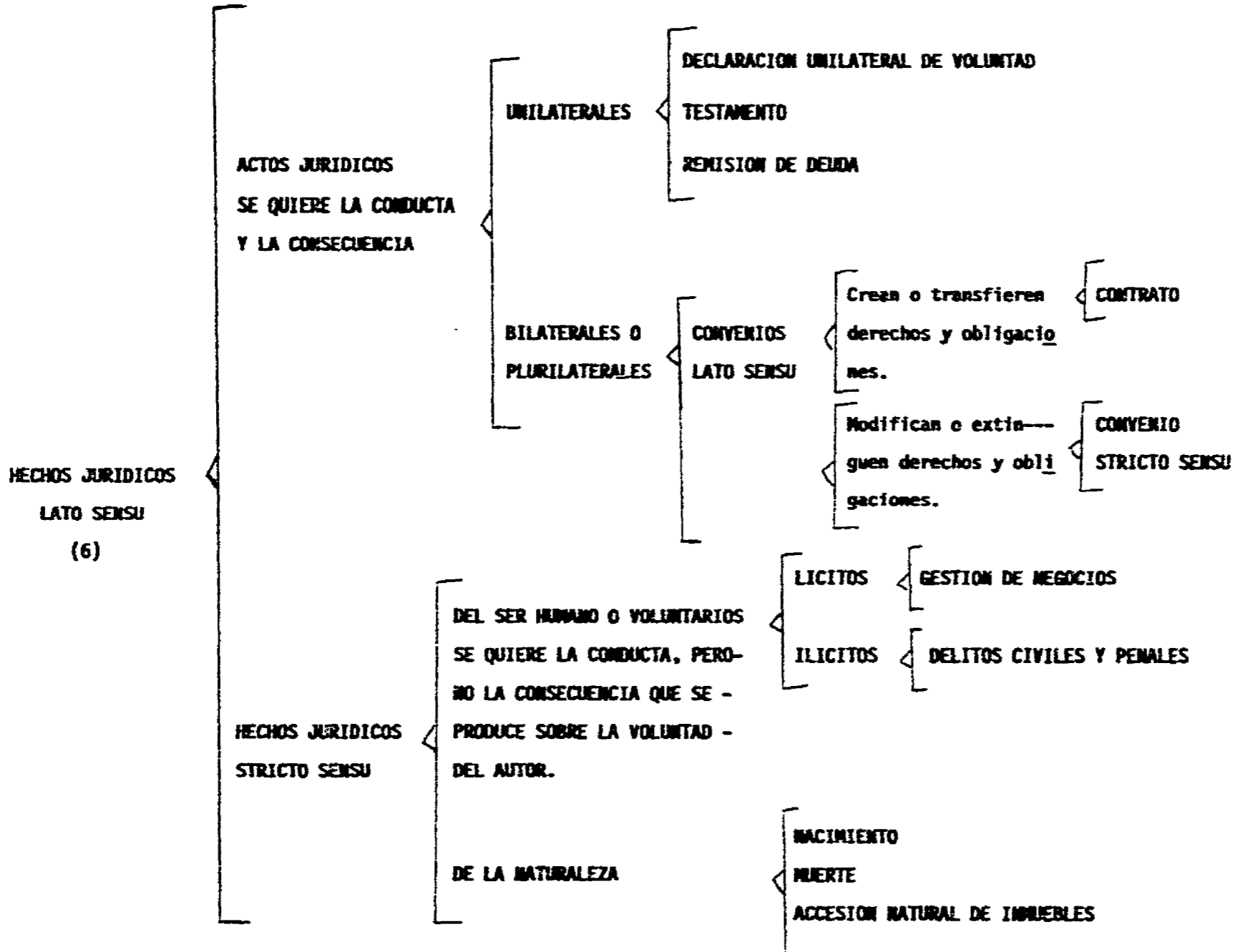
Un cuadro de esta naturaleza podemos graficarlo de la siguiente forma:



3.2. LA ESCUELA DE LA EXEGESIS.

Se dice que quienes realmente sistematizaron una verdadera teoría del acto jurídico pertenecen a la llamada "Escuela de la -- Exégesis", entre quienes figuran Aubry y Rau Braudry-Lacantine-rie, cuyas construcciones teóricas impresionaron la legislación civil mexicana: "Es la teoría con naturalización en nuestro medio a partir del Código Civil de 1870, aceptada aquí desde en--tonces tanto doctrinal como legislativamente" (5).

Se advierte la diferencia entre la concepción de los Braudry-La cantinerie y Planiol; aquélla no admite el negocio jurídico, en cuadro los fenómenos naturales y retira las conductas ilícitas- de la categoría "actos jurídicos", reservando ésta, con base en el dato de la autonomía de la voluntad y del querer o volunta--riedad, a la declaración unilateral de voluntad, el testamento, la remisión de deuda y los convenios "lato sensu". Esta es la - línea seguida por la doctrina nacional tradicionalista, la que-



gráficamente es presentada por Gutiérrez y González:

Como bien expresa Martínez Domínguez: "De los conceptos vertidos por la generalidad de la doctrina, se desprende que el hecho jurídico en sentido amplio es todo acontecimiento cuyo origen puede ser la voluntad del hombre o de la naturaleza, que produce ... la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones...". "En estas condiciones, el siniestro, el accidente, la concepción, el nacimiento o muerte de un ser humano, la celebración de un matrimonio o de un contrato, el reconocimiento de un hijo, el otorgamiento de un testamento y en general, cualquier otro acontecimiento, supuesta su producción de consecuencias de Derecho, cualquiera que sea su respectivo origen, natural o humano, permite ilustrar al hecho jurídico en su acepción genérica" (7).

Si consideramos que todo lo que ocurre en el mundo del Derecho, o es un hecho, o es un acto, llegamos a la conclusión de que la Escuela Exegética presenta una tesis poco acabada que bien pudo completarse con los estudios de Planiol, pues hay que recordar que el Código Civil llama "actos" a muchas situaciones que no tuvieron acomodo en ella. Tan solo Bonnecase apunta dos tipos de actos jurídicos cuando afirma que "El acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo efecto directo es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limita-

do que se reduce a la formación, modificación o extinción de -- una relación de Derecho" (8). De esta forma, hay actos que en-- gendran una situación jurídica permanente y general, en tanto - que otros tienen un efecto limitado que se reduce a la forma-- ción, modificación o extinción de la relación de Derecho; este-- es un criterio diferencial muy importante que nos pone de mani-- fiesto la diversidad existente en nuestras leyes civiles respec-- to de los actos y que no son considerados en el cuadro sinópti-- co por el que Gutiérrez y González expone la teoría francesa de los hechos jurídicos.

3.3. TEORIA ALEMANA.

La doctrina alemana, calificada de "moderna" en este punto (com-- parada con la francesa, seguramente), al parecer data del año - de 1900 y en los siguientes ha sido objeto de estudios concien-- zudos a cargo de diversos autores no solo nacionales, sino ita-- lianos y españoles. Entró a México probablemente en alas de los estudios de inspiración de Nicolás Coviello, en 1938, en que es traducida al español. En ella se establece que "El concepto de-- negocio jurídico no se encuentra en nuestras leyes, y se desco-- noce enteramente en la práctica; en las leyes se habla de con-- trato, de testamento, de otras declaraciones de voluntad, y, al-- gunas veces, de actos en general, pero falta la noción de acto-- y de negocio jurídico. Sólo la doctrina alemana, teniendo en -- cuenta los caracteres comunes que presentan varios hechos jurí--

dicos voluntarios, ha elaborado este concepto para estudiar así cuáles son las reglas comunes a tales hechos y construir la teoría general" (9).

Sin embargo, Coviello no es del parecer que el dato relevante sea la capacidad volitiva, a pesar de la opinión dominante que hace consistir el negocio jurídico en la manifestación de voluntad encaminada a producir consecuencias jurídicas, esto es, a hacer que nazca, se modifique o se extinga una relación jurídica, distinguiendo los hechos jurídicos materiales en los que falta la voluntad y los voluntarios ilícitos, cuyas consecuencias nacen en fuerza de la ley contra la voluntad del agente y los que engendran consecuencias ilícitas, pero sin que la voluntad se enderece a tal fin, toda vez que la voluntad del hombre no puede por sí misma ser causa eficiente de consecuencias jurídicas porque no es ella la que puede crear el Derecho, además, para que la voluntad pudiera considerarse como creadora de consecuencias jurídicas, sería preciso que fuese plenamente consciente de las mismas, de suerte que sólo las consecuencias conocidas y previstas deberían realizarse, no las desconocidas e imprevistas. Es claro, por tanto, que no es la voluntad la causa eficiente de las consecuencias jurídicas por lo que la diferencia consiste en que la voluntad del hombre debe encaminarse a fines prácticos protegidos por el Derecho, concluyendo este autor en que el negocio jurídico es una manifestación de voluntad de una o varias personas encaminadas a un fin práctico, el cual,

no necesariamente es de orden patrimonial o económico, bastando que esté protegido por el Derecho; y encuadra en el negocio jurídico las manifestaciones de voluntad dirigidas a constituir una relación de familia como el matrimonio, la adopción o el re conocimiento de hijo:

De esta suerte el negocio jurídico se distingue de -- los hechos jurídicos materiales en cuanto su esencia-- consiste en la manifestación de voluntad; se distin-- que de los actos ilícitos, en cuanto éstos producen - consecuencias jurídicas encaminadas no a actuar el in tento práctico, sino a remover o a reparar el daño de rivado de él, y por ende son siempre contrarias a la voluntad del autor; y, finalmente, se distinguen tam-- bién de otros hechos voluntarios y lícitos, en que és tos producen consecuencias jurídicas no siempre con-- formes al intento práctico que las partes se propusie-- ron; y, en general, no son simples manifestaciones de voluntad, sino que son al mismo tiempo hechos materia-- les que operan un cambio en las cosas del mundo exte-- rior, por lo que la ley no tanto tiene en considera-- ción el fin que la voluntad se propone, cuanto el re-- sultado material y el hecho de la acción realizada. - Por eso no se incluyen entre los negocios jurídicos - la ocupación, la toma de posesión, el hallazgo del te soro, la especificación, la construcción, la siembra-

o plantación en el terreno de otro (10).

Conforme a esta **opinio juris**, los acontecimientos del mundo jurídico en materia civil según sus rasgos definitorios, se pueden agrupar bajo cuatro rubros:

- A.- Negocios jurídicos;
- B.- Hechos jurídicos materiales;
- C.- Actos ilícitos, y
- D.- Hechos voluntarios lícitos.

De ser esto cierto, resultan negocios jurídicos, el reconocimiento de hijo, el testamento, el acto de fundación, los requerimientos, protestas, despidos por haber terminado el arrendamiento, la revocación del mandato y la declaración de redención, entre otros. Mas el parecer anterior no logra esclarecer el concepto "negocio jurídico", al menos, a la luz del Derecho Civil-mexicano y su doctrina. Una teoría más reciente, igualmente de autoría italiana, esta vez de Emilio Betti, conceptualiza los hechos jurídicos como aquellos a los que el Derecho atribuye -- trascendencia jurídica para cambiar situaciones preexistentes a ellos y configurar situaciones nuevas, a las que corresponden -- nuevas calificaciones jurídicas (11).

Clasifica luego los hechos jurídicos según ciertos parámetros -- que él mismo establece, importándonos aquí la distinción que ha

ce tomando como dato el modo como son considerados y valorados por el orden jurídico, esto es, según la influencia que éste -- atribuye al comportamiento humano:

A.- Actos jurídicos y hechos jurídicos stricto sensu, y

B.- Actos lícitos y actos ilícitos.

Le llama "una doctrina corriente" (no peyorativamente) a la que distingue entre hechos voluntarios (actos) y hechos naturales (en sentido estricto), porque así planteada tal distinción se le antoja como carente de interés y, sobre todo, equívoca porque -- lleva a calificar como natural y como voluntario un mismo acontecimiento, por ejemplo la siembra, la plantación de una finca o la muerte de una persona, según que, en el caso concreto, estuviese o no determinado por la voluntad del hombre (12), y en esto tiene toda la razón por lo que hay que considerar efectivamente que la distinción entre actos y hechos jurídicos tendrá -- sentido en cuanto admita por base el modo como el Derecho consi dere y valore cada suceso, en forma tal, que si el Derecho toma en cuenta el comportamiento humano en sí mismo y, al atribuirle efectos jurídicos valora la conciencia que suele acompañarlo -- tanto como la voluntad que lo determina, entonces estaremos en presencia de un acto jurídico y, por el contrario, deberemos ca lificarlo de hecho si el orden jurídico toma en cuenta el hecho natural como tal, prescindiendo de una voluntad eventualmente -- concurrente, o bien, si a pesar de considerarse la acción del --

hombre sobre la naturaleza exterior, no valora tanto el acto humano en sí mismo sino el resultado que se produce, esto es, la modificación objetiva que se suscita dentro del orden de cosas preexistente.

En base a las anteriores reflexiones, critica Betti a los autores que caracterizan el negocio jurídico como una manifestación de voluntad encaminada a producir efectos de Derecho, porque esta calificación formal, inspirada desde luego en el dogma de la autonomía de la voluntad, en su opinión no recoge la esencia -- del negocio, la cual reside en la autorregulación de intereses en las relaciones privadas; autorregulación que el hombre no debe limitarse a querer, a desear, sino a disponer, realizar, actuar en forma objetiva. "Con el negocio el individuo no viene a declarar que quiere algo, sino que expresa directamente el objeto de su querer, y éste es una regulación vinculante de sus intereses en las relaciones con otros" (13). Resultando entonces que en un negocio jurídico tenemos en primer plano la regulación de intereses dispuesta para el futuro y, en segundo plano, la voluntad proyectada a una finalidad práctica, de suerte que esta voluntad es fuente generatriz pero no contenido del acto. Sin embargo, analizando estos datos que aporta Betti, surgen interrogantes, porque si bien es cierto que en algunos negocios - tenemos presente una autorregulación de intereses dispuesta para el futuro como en el caso de un arrendamiento o de un mandato, este principio no opera de igual manera, por ejemplo, en el

reconocimiento de un hijo en el que no puede haber ninguna autorregulación, sino que el superior interés del Estado sujeta los efectos plenamente y, sin embargo, ambos tipos de actos son considerados bajo la calificación común de "negocios".

Es importante señalar, como lo hacen Coviello, Betti y Raiser, - el alcance del concepto "autonomía de la voluntad", que hace -- pensar o creer en la omnipotencia de la voluntad individual, -- con lo que se producen graves errores de apreciación, pues indu ce a desconocer los múltiples límites sociales y jurídicos de - la autonomía privada y en esto estamos completamente de acuerdo; no hay actos enteramente libres, todos están sujetos a un míni- mo de normas establecidas por los legisladores. Abundando en el problema, el dogma de la voluntad no está en condiciones de ex- plicar negocios que presentan una separación neta entre la vo-- luntad, como hecho psíquico actual, y el negocio, tales como el negocio condicional y el mortis causa pues, como asienta Betti, el dogma en cuestión no podría explicarse sino tratándose de - personas vivas y capaces, lo que no sucede en el testamento o - en casos de incapacidad sobrevenida después de emitida la pro-- puesta pero antes de que el negocio se haya celebrado o haya en- trado en vigor si está subordinado a una condición y concluye - definiendo que el negocio jurídico "... es el acto con el cual- el individuo regula por sí los intereses propios en las relacio- nes con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho- enlaza los efectos más conformes a la función económico social-

que caracteriza su tipo (típica en este sentido)" (14). Este -- concepto involucra tres temas, a saber:

A.- Cómo es en cuanto a su forma el negocio jurídico; respondiéndose que es un acto consistente en una declaración o en un simple comportamiento;

B.- Qué es en cuanto a su contenido, a lo que se responde que es un precepto de la autonomía privada en orden a concretos intereses de quien lo formula, destinado a tener eficacia constitutiva y por lo tanto con carácter vinculante.

C.- Por qué es, es decir, la causa, diciéndonos que todo negocio sirve a una función económico-social, porque el Derecho regula todas aquellas funciones que estima socialmente relevantes y útiles para la comunidad que rige y en que se desarrolla.

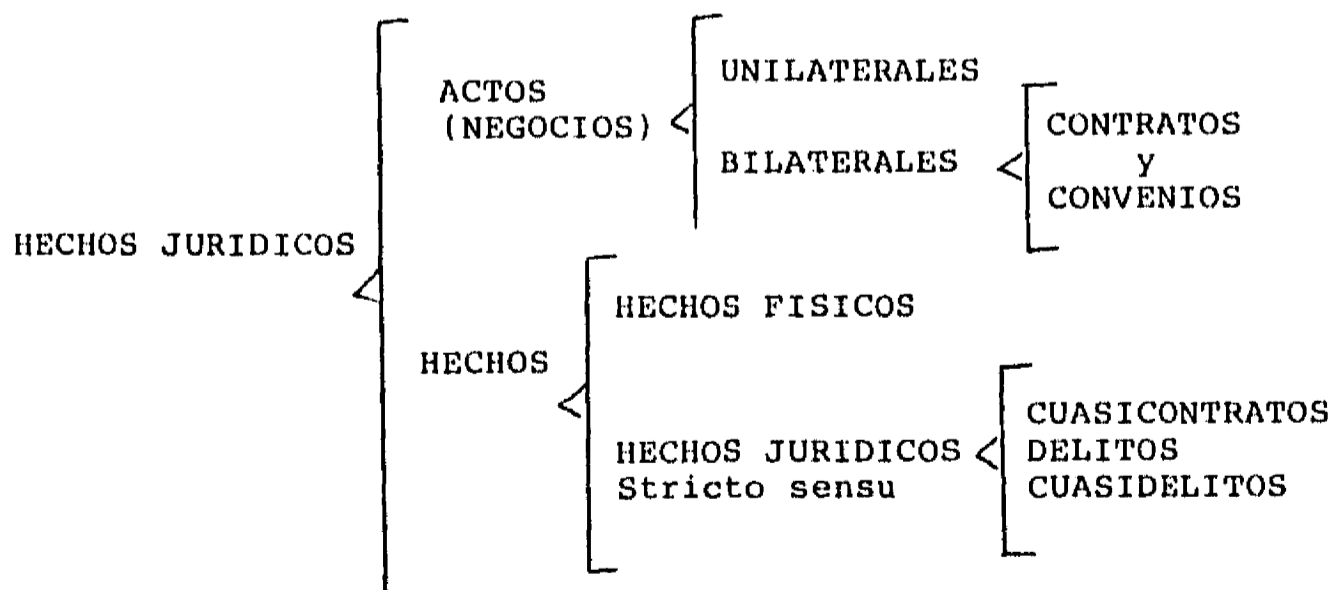
Tan elaborado concepto del negocio jurídico no podríamos reducirlo al de acto ni mucho menos al de contrato, advirtiéndose desde luego profundas diferencias, si bien, partiendo del principio de que todo puede tener el calificativo de acto jurídico, la nota distintiva del negocio, según el parecer del autor en cuestión, es la función económico-social que le acompaña, pues nos hace incipié en que esta institución de origen romano-alemán no consagra la persecución de finalidades espirituales de orden superior y trascendente respecto de los individuos, como-

son la cultura, la ciencia, la moral, el arte, los valores sociales y otros, pues si bien, tales finalidades pueden determinar la celebración de negocios jurídicos, como necesariamente están destinados a actuar socialmente, de esta manera justifican su categorización; no podríamos pensar, por ejemplo, en la formación de una asociación civil para el arte, ajena completamente a contenidos económicos y sociales, por lo que parte Betti del supuesto social que envuelve al Derecho, más sin embargo, existen actos sin contenido económico ni social como puede ser el contrato de promesa cuya causa es diferente y eminentemente jurídica; su función es simplemente dar seguridad o certeza en la preparación de un contrato definitivo y, no obstante, es un acto creador de derechos y obligaciones, pero que visto a la luz de este criterio no resultaría negocio.

De aquí que se presenten notables diferencias entre Coviello y Betti, entre Betti y Windscheid, entre otros, para quienes el negocio no solo crea, sino modifica o extingue situaciones jurídicas sin consideración al tipo específico que se persiga como fin y en donde sí cabría la promesa de contrato y los negocios del Derecho Familiar, sin dificultad alguna. En este sentido -- anotamos también a Candian, quien al señalar los elementos constitutivos del negocio "Declaración", "Contenido" y "Causa", -- afirma que esta razón o porqué, puede ser simplemente la de obligarse, de colaborar o de cuidar de un interés ajeno si el titular está impedido de hacerlo (15).

4.- LA DOCTRINA NACIONAL.

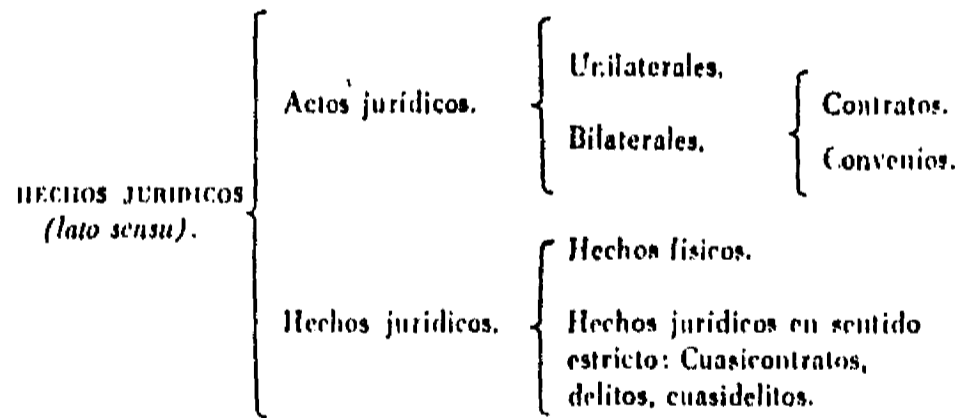
Enseña Galindo Garfias que es a Savigny a quien se debe la noción doctrinaria del hecho jurídico como "...todo acontecimiento natural o del hombre, capaz de producir efectos jurídicos (crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas)" (16), de donde conceptúa el hecho jurídico en sentido amplio como todo acontecimiento, ya se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración, para atribuirle consecuencias de Derecho, e introduce un cuadro sinóptico que afirma ser de la autoría de García Máñez en base a la doctrina francesa, llamando poderosamente la atención porque asimila los "actos" a los "negocios", lo cual no es obra ni de García Máñez ni de Bonnecase, sino del propio Galindo Garfias (Se anexa copia tomada de García Máñez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, México, 1979, p. 183), quien grafica de la siguiente forma:



96. CLASIFICACION DE LOS HECHOS JURIDICOS EN MATERIA CIVIL. DOCTRINA FRANCESA.—Los hechos jurídicos pueden consistir en hechos o estados de hecho independientes de la actividad humana, o en acciones humanas voluntarias o involuntarias. Como ejemplos de hechos o estados de hecho puramente naturales podemos citar el nacimiento, la mayoría de edad o la muerte de las personas.

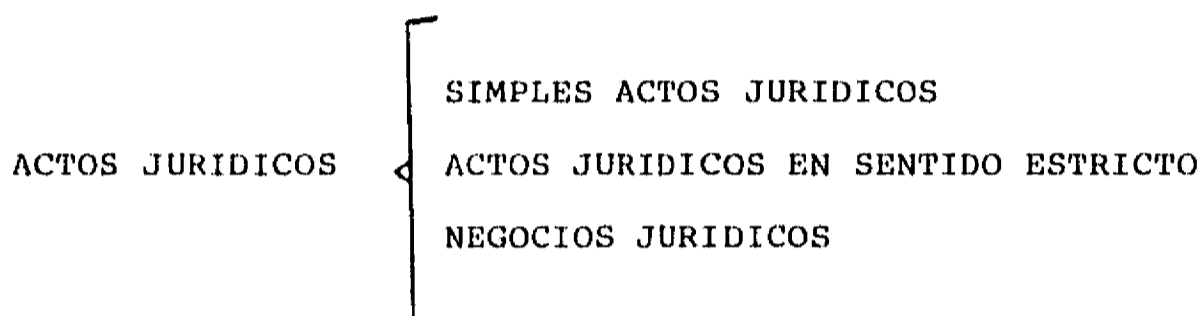
Las acciones humanas pueden producir consecuencias tanto en relación con sus autores como relativamente a otros sujetos; verbigracia, en el caso de responsabilidad por hechos de un tercero. Hay también consecuencias jurídicas que tienen como supuesto o condición los riesgos o daños producidos por cosas, útiles o animales.

Las acciones del hombre, en tanto que el derecho subjetivo las considera como hechos jurídicos, divídense en lícitas e ilícitas, según que sean conformes o contrarias a los preceptos de aquél. Cuando las de un sujeto son lícitas y su finalidad es la creación, la transmisión, la modificación o la extinción de obligaciones y derechos, llámense *actos jurídicos*. Éstos pueden ser unilaterales o bilaterales. Los bilaterales reciben la denominación de convenios. Subdivídense en convenios *sensu stricto* y contratos. Cuando tienen como finalidad la creación, la modificación, la transmisión o la extinción de consecuencias de derecho, reciben el nombre de hechos jurídicos. Bajo la expresión *hechos jurídicos*, los autores franceses comprenden los puramente materiales, los de un tercero y los ilícitos.



97. DEFINICIONES PROPUESTAS POR HONNÉCASE.—“La noción de hecho jurídico es susceptible de revestir un sentido general y una significación específica. En el primer sentido comprende la noción de acto jurídico. El hecho jurídico es entonces un acontecimiento engendrado por la actividad humana, o puramente material, que el derecho toma

Habiendo introducido, pues, este autor, en su trabajo el concepto "negocio jurídico", es claro que se aparta de la escuela - - francesa para seguir a los autores alemanes, italianos y españoles, con lo que afirma que los actos jurídicos se clasifican en simples actos jurídicos, actos jurídicos stricto sensu y negocios jurídicos, de donde resulta un cuadro bien diferente:



Es un simple acto jurídico, por ejemplo, la ocupación, la siembra, la construcción de un edificio, etc. A éstos se les ha denominado también actos reales o materiales porque si bien en ellos interviene la voluntad ya que son ejecutados por el hombre, el contenido del acto y el fin a que éste se dirige, se agota en la realización del hecho material... Los actos de voluntad son ciertamente actos jurídicos (y no son simples hechos) porque en ellos el Derecho toma en cuenta fundamentalmente la voluntad del sujeto que los emite; tiene en ellos capital importancia el contenido de la voluntad, independientemente de la finalidad que se proponga el sujeto que la emite (ejemplifica con la declaración de un testigo y el acto de in

timación que el acreedor hace a su deudor para obtener el pago de la deuda)... Queda finalmente por analizar, el grupo más importante de actos jurídicos que son los llamados negocios jurídicos en los cuales importa el contenido y además la finalidad de la voluntad (18).

Partidario de la teoría francesa, Rojina Villegas expresa, no obstante, que es importante llamar la atención de que el acto jurídico no es necesariamente una declaración de voluntad, aún cuando ésta sí constituye su forma normal; aclaración que formula después de definir el acto jurídico como una manifestación de voluntad que se realiza con el objeto de producir determinadas consecuencias de Derecho (19), pero cita sin embargo a Enneccerus y a Puflitti, cuyas elaboraciones doctrinales se formulan en torno al negocio jurídico. Este último autor nos precisa que el contrato es el negocio jurídico más importante de todo el Derecho privado: "La teoría completamente elaborada del negocio jurídico, que tiene tanta importancia en la moderna sistemática jurídica, y que es instrumento importantísimo para la Ciencia del Derecho privado y también del Derecho público, se debe a la doctrina civilística alemana del siglo pasado; y el Código Civil Alemán ha dedicado justamente toda la tercera sección del Libro Primero a los negocios jurídicos". "Con fundamento en tales consideraciones, el negocio jurídico se puede definir: un acto de voluntad libre, que tiende a un fin práctico tutelado -

por el ordenamiento jurídico, y que produce, como consecuencia de tal tutela, determinados efectos jurídicos" (20).

Enneccerus distingue dos clases de negocios jurídicos: los unilaterales y los contratos. Como es bien sabido en toda manifestación unilateral de voluntad, ésta se va encaminando a una sola función o es vertida por una sola parte, como en el testamento, las ofertas al público y otros.

Es evidente que el negocio jurídico ha creado un desencuentro entre nuestros tratadistas del Derecho Civil; De Pina expresa que no se puede dejar de advertir que la expresión "actos jurídicos" es más amplia que la de "negocios jurídicos", porque comprende a todos los actos humanos idóneos para producir efectos jurídicos, mientras que la de "negocios jurídicos" comprende algunos de esos actos, no a todos: "Por lo tanto, hay que aclarar que el negocio jurídico es una especie del género acto jurídico, no fácilmente determinable siempre"; declaración que contiene un reconocimiento pleno al concepto en estudio; Gutiérrez y González omite cualquier consideración en relación con el negocio y estudia únicamente al hecho y al acto jurídico; en tanto que Batiza considera que las expresiones "negocio jurídico" y "acto jurídico" son sinónimas y que la tendencia de establecer distinción entre ellas constituye un esfuerzo artificial y estéril cuyas distinciones son de una sutileza tal que se desvanecen en la nada; en cambio, Ortiz Urquidi admite la distinción argumen-

tando que debe hacerse tomando en cuenta la intervención de la voluntad -presencia o ausencia de ella- en estos dos momentos: a) en la realización del acontecimiento en que el hecho, el acto o el negocio pueden consistir, y b) en la producción de las consecuencias jurídicas (21).

Todas estas opiniones y reflexiones de nuestros doctos desembocan, quiérase o no, en la necesidad de distinguir entre los diversos actos jurídicos , los que llegan a constituir toda una gama o mosaico de acontecimientos de una gran diversidad y colorido y, a veces, con tan poca similitud como la que puede haber entre la ocupación, el reconocimiento de un hijo o la denuncia de un contrato, a pesar de que nuestras leyes civiles llamen -- "actos" a todos ellos y excepcionalmente "títulos" a los contratos.

Nos parece que el dato de la voluntad, como parámetro o criterio diferencial en algunos autores, debe ser bien estudiado -- pues, por principio de cuentas debemos suponer que el hombre en todo lo que realiza empeña su voluntad, aún en la comisión de -- ilícitos. Se afirma que en el "acto" se quiere la conducta y -- también las consecuencias que se produzcan y esto es precisamente cierto. La persona que vende a otra un predio, generalmente no quiere desprenderse de su propiedad pero necesita el dinero -- que el negocio le produzca y viceversa, el que compra tampoco -- desearía entregar su dinero, más precisa de una vivienda o de --

un inmueble para un fin diverso. Todos queremos realizar actos- que nos beneficien, que acrecenten nuestro patrimonio, que nos- reporten bienestar, salud, etc., así que habría que ver cuáles- son esas consecuencias producto de nuestra voluntad. Por eso no decimos "quiero" vender tal o cual cosa, sino "voy" a vender, o simplemente "vendo", independientemente de cual sea el motivo - que me impulsa a realizar la propuesta y qué grado de mi volun- tad vaya en la declaración. Situación muy diferente en el reco- nocimiento de un hijo, por ejemplo, en que realmente se desea - la paternidad del menor, que se nos tenga socialmente como pa- dre e hijo y apoyarlo moral y económicamente, en forma tal, que resulta placentero y por lo mismo, voluntario, todo esfuerzo -- que haya de hacerse por el bienestar del hijo.

Tal vez la diferencia deba establecerse en el grado de concien- cia que acompaña al hombre en la realización de sus conductas. Estar conciente o tener plena conciencia, implica el conocimien to necesario para analizar y reflexionar sobre el acto que se - va a realizar; como por ejemplo, cuando alguno arroja basura a la vía pública, decimos que no tiene conciencia de lo que hace, aún cuando sea un sujeto capaz a la luz del Derecho Civil, es - decir, mayor de edad, en uso de sus facultades mentales y en el ejercicio de sus derechos y obligaciones. En este contexto, po- demos hablar de conciencia plena, por ejemplo, en el acto de ce lebración del matrimonio en el que ambos consortes han sido de- bidamente instruídos acerca de la magnitud, trascendencia e im-

portancia del acto, asumiendo cabalmente las responsabilidades que les impondrá el Derecho, la sociedad y la familia, y más -- aún, tendrán la oportunidad de reglar a su conveniencia los aspectos que el Código Civil deja a su arbitrio, tales como la administración y propiedad de sus bienes y la educación de los hijos, entre otros.

5.- ELABORACION DEL CONCEPTO.

Así planteado el problema, vale la pena tratar de elaborar un - concepto con las bases y observaciones que se han venido expo-- niendo; si bien, Eduardo Pallares nos dice que del negocio jurídico se han dado muchas definiciones, citándonos a Windscheid - para quien es la declaración de voluntad de una persona median-- te la cual el que la hace se propone establecer, cambiar o ex-- tinguir un derecho o una relación jurídica; a Castán, el que la define como el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privadas, dirigidas a la producción de determinado - - efecto jurídico y a las que el Derecho objetivo reconoce como - base del mismo, cumplidos los requisitos dentro de los límites- que el propio ordenamiento establece; Stemberg conceptúa como el acto que se propone constituir la base de la producción, modificación o extinción de derechos. Finalmente cita a Oertman, - - quien afirma que se trata de un hecho producido dentro del ordenamiento jurídico que, con arreglo a la voluntad de los intere-- sados, en él manifestada, debe provocar tales y cuales efectos-

jurídicos y, a no ser que concurren ciertos vicios, efectivamente los provoca.

Agrega dicho autor su comentario en el sentido de que los negocios jurídicos pertenecen a la esfera de la autonomía de la voluntad que el Estado reconoce a los particulares y por lo tanto, los jurisconsultos los admiten o rechazan en el campo del Derecho procesal, señalando continuamente las notas esenciales según su particular conceptualización, a saber:

A.- Que sean una declaración de voluntad;

B.- Que dicha declaración tenga por objeto producir un efecto jurídico determinado;

C.- Que dicho efecto se produzca como algo vinculado a la declaración de voluntad porque la ley atribuya a ésta el poder de producirlo; y

D.- Que la declaración de voluntad reúna los requisitos legales para obtener el fin perseguido por quien, o quienes lo hacen (22).

Asienta, además, que el tipo de negocios jurídicos son los contratos y en derecho procesal las transacciones judiciales, los convenios celebrados en autos, el desistimiento de la acción o de la instancia, el allanamiento de la demanda, etc.

Se habrá observado, de lo hasta aquí expuesto, la presencia de-

puntos coincidentes en las opiniones doctrinales, pero también-- profundas diferencias, por ejemplo si comparamos a Betti con -- Windscheid o entre Enneccerus y Coviello. Resulta así necesario volver los ojos al antecedente originario que aplicó el término "negocio" a los contratos en general, sin tomar en cuenta su -- función económica, o social o jurídica, haciendo incapié que al no existir en aquel tiempo los hoy llamados "contratos de adhe-- sión, todas las prestaciones y condiciones que podían obtenerse o ponerse en un contrato debían efectivamente negociarse, en el sentido de acordarse, aceptarse voluntariamente por los contra-- tantes en función de sus intereses personales. Regresamos pues-- a Grocio y sus lecciones de Derecho Civil: "Del derecho in re -- nacen las acciones reales contra cualquier poseedor; del dere-- cho ad rem solamente las personales contra aquel que negoció -- conmigo, no contra un tercero poseedor", y a Merilio y sus di-- sertaciones: "... no resultaba acción entre los ciudadanos roma-- nos, porque ellos habían obligado la palabra en los contratos -- de los negocios, no en los pactos puros" (23).

En este orden de ideas tendríamos que precisar aquí si el testa-- mento responde a la calificación de "negocio jurídico" porque -- ¿qué cosa negocia el testador siendo secreta la institución de-- heredero?. No obstante, tenemos presente la autorregulación de-- los intereses del testador quien expresa, aquí sí, su voluntad-- y su querer en cuanto al destino que hayan de tener los bienes-- después de su muerte, en forma tal que el interés reglado y la-

voluntad regladora son coincidentes y con lo que se presenta -- una expresión a plenitud de la autonomía de la voluntad, ni siquiera limitada por una negociación con el heredero ni con el albacea o con el legatario. Tendríamos que reconocer la evolución del concepto "negocio jurídico" a través de la doctrina y la ley alemanas, que con el dato primigenio de la libertad, del acto libre, aplica el dogma de la autonomía de la voluntad sustentado por la escuela francesa, el cual está presente en muchos otros acontecimientos jurídicos diferentes al contrato, -- llegando al punto que, como anota Pugliatti: "Los actos libres expresan plenamente la autonomía del sujeto jurídico, y se llaman negocios jurídicos" (24) y en este tenor no hay acto más libre que el testamento, cuyos efectos son obra entera de la voluntad realizadora con muy pocas limitantes establecidas por la ley, esto hay que recordarlo pues, como ya ha quedado anotado, -- en realidad cualquier sistema jurídico establece bases, principios o reglas mínimas que deben observarse en todo negocio, previendo conflictos y por encima de la llamada "autonomía de la voluntad". Aún si traemos aquí el dato relevante de la función-económica a que se refiere Betti, tendremos que el testamento cumple con los elementos formativos de tan discutido concepto. -- Por otra parte, sin dar mayor importancia ni explicación al asunto, todos los autores le dan ese tratamiento.

Muchas mayores dificultades nos plantean los actos del Derecho-familiar que son igualmente aceptados bajo el rubro de "nego- -

cios", en donde se incluyen la promesa de matrimonio, el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijo y otros. Si bien, está presente el dato de la voluntad libre, es bien difícil llamar negocio a lo que no representa, al menos eminentemente, un interés pecuniario, pues el sustento filosófico es afectivo, moral o religioso, con lo que choca a nuestra ideología tal calificativo y sólo despojándonos de prejuicios y asumiendo una actitud puramente jurídica, aceptaremos lo que de negocio puede haber en ellos, pues ciertamente son actos concertados, autorregulados y voluntarios; expresiones libres de la voluntad tendientes a producir efectos en el mundo del Derecho, por que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

Volviendo a la causa de nuestras argumentaciones y presente exposición, consideramos pertinente la distinción entre los diferentes actos normados por la ley civil sustantiva, apartándonos un poco de la clasificación exegetica y adhiriéndonos a otros criterios más acuciosos y actuales, es decir, estimamos que ha quedado esclarecida la base del tema a desarrollar, si bien, no es propósito de este trabajo emitir tesis ni teorizar acerca de los hechos y actos jurídicos, basta entonces haber demostrado que no todos los actos jurídicos comparten las mismas características y entre los diferentes destacan aquellos que son manifestación del interés individual para producir ciertos efectos en el Derecho tendientes a crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Esto es de capital importancia --

porque la solemnidad, a que nos referiremos en lo sucesivo, sólo se presenta en la especie "negocio jurídico", razón primordial de la exposición de este Capítulo en el que se ofrece un panorama muy general de nuestro universo de estudio.

* * * * *

* * * *

* * *

* *

*

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO I

- 1 Citado por Heineccio, J. G., "Recitaciones del Derecho Civil, Según el Orden de La Instituta", Tomo Segundo, Traductor Luis de Collantes, Ed. Universidad Juárez del Estado de Durango/Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edición Modificada, Adaptada y Actualizada por Velia Patricia Barragán, Durango, México, 1990, p. 13.
- 2 Ibid., p. 114.
- 3 Planiol, Marcel, "Traité Élémentaire de Droit Civil", Tome Premier, Ed. Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Huitième Edition, París, 1920, p. 98.
- 4 Ibid., p. 99.
- 5 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, "Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez" Ed. Porrúa, México, 1990, p. 500.
- 6 Gutiérrez y González, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", - Ed. Cajica, Puebla, México, 1987, p. 123.
- 7 Domínguez Martínez, Ob. Cit., pp. 499 y 500.

- 8 Ibid., p. 503.
- 9 Coviello, Nicolás, "Doctrina General del Derecho Civil", Traductor Felipe de J. Tena, Ed. Unión Tipográfica -- Editorial Hispano-americana, México, 1938, p. 342.
- 10 Ibid., pp. 343 a 354.
- 11 Betti, Emilio, "Teoría General del Negocio Jurídico", Traductor Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 6.
- 12 Ibid.
- 13 Ibid., p. 53
- 14 Ibid., p. 51
- 15 Candian, Aurelio, "Instituciones de Derecho Privado", Traductor Blanca P. L. de Caballero, Ed. Unión Tipográfica EDitorial Hispano-americana, México, 1961, p.169.
- 16 Galindo Garfias, Ignacio, "Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas, Familia", Ed. Porrúa, México, 1989, p. 206.

17 Ibid., p. 211.

18 Ibid., p. 215.

19 Rojina Villegas, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo Quinto, Obligaciones, Volumen I, Ed. Porrúa, México, 1985, p. 99.

20 Ibid., p. 103.

21 Citados por Domínguez Martínez, Ob. Cit., pp. 511 y 512.

22 Pallares, Eduardo, "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Ed. Porrúa, México, 1983.

23 Citado por Heineccio, Ob. Cit., pp. 13 y 114.

24 Citado por Martínez Domínguez, Ob. Cit., p. 509.

CAPITULO II
ORIGEN Y DESARROLLO HISTORICO DE
LAS SOLEMNIDADES DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS

1.- EL CONCEPTO DE SOLEMNIDADES

El concepto de solemnidad o de solemnidades se nos da por la -- doctrina, generalmente al abordar el tema de la teoría general-- de las obligaciones y, en lo específico, en la de los contratos. Existe una gran diversidad de opiniones sobre este punto, cada-- autor proporciona la propia; algunos logran esclarecer en parte el problema, otros no precisan algo, hay quienes evitan el tema y todavía algunos que sólo arrojan obscuridad. De entre los mu-- chos conceptos citaremos algunos en este momento, que nos sir-- van para ubicarnos en nuestro punto de partida para este capítu-- lo. Comenzaremos trayendo el parecer de Planiol, si bien, no -- formula precisamente un concepto:

Un contrato se dice solemne cuando la voluntad de las partes expresada sin formas determinadas, no es sufi-- ciente para su conclusión, la ley exige una formali-- dad particular en ausencia de la cual el consentimien-- to no está en punto de eficacia jurídica (1).

De conformidad con este criterio la solemnidad consiste en for-- mas determinadas para expresar la voluntad, cuya omisión o in--

cumplimiento hace que el contrato pierda su eficacia. No es posible entender con esta expresión de Planiol, qué son o en qué consisten las solemnidades de los contratos, así que acudiremos a Colagrosso, quien expresa que:

... en casos excepcionales y de rigurosa interpretación el orden jurídico exige la observancia de una forma taxativamente prevista; en estos casos la forma se vuelve necesaria, en el sentido de que constituye un elemento del contrato faltando el cual el negocio es inexistente, también entre las partes, y no es por ello susceptible de confirmación (2).

Para este autor la solemnidad sería entonces una forma prevista por el Derecho sin la cual el acto no existe. Es claro que ningún adelanto encontramos en ello por lo que veremos el parecer de Hernán Salamanca, de la Universidad Externado de Colombia:

Se denominan contratos solemnes los que están sujetos a la observancia de ciertas solemnidades especiales - de manera que sin ellas no producen ningún efecto civil como en la compra venta de bienes raíces. Además, la ley establece requisitos en consideración a la calidad de las personas que han de intervenir en el contrato (3).

Evidentemente que poco adelantaremos con la anterior definición por lo que acudimos a un criterio más, esta vez de Pérez Duarte de la Universidad Nacional Autónoma de México, quien dice:

La solemnidad es una formalidad escrita especial que afecta no la validez del acto jurídico, sino su existencia, es pues un elemento esencial (4).

Al menos se establece aquí que se trata de un escrito, es decir, de un documento especial, asegurándose que es elemento de existencia del acto jurídico. Mas esto no satisface los requisitos de un concepto, de manera que todavía aludiremos a otro autor ; ahora a Ignacio Galindo Garfias:

El acto es solemne cuando por disposición de la ley - la voluntad del sujeto ha de ser declarada, precisamente en la forma (y no de otra manera) que el Derecho ha establecido (5).

No hay concepto, ni siquiera podríamos deducirlo, por lo que será materia de esta tesis precisar lo en su momento, bástenos decir por ahora que las solemnidades de los negocios del Derecho Civil sustantivo se hacen consistir en requisitos externos que acompañan al acto escrito o formal y que su función es dar mayor envergadura al acto y seguridad a las partes por tratarse de negocios que el Derecho considera trascendentales para la vi

da jurídica, económica y social de las personas. Asentados estos preliminares, vamos a continuación, a buscar el remoto origen de las solemnidades para ir precisando en qué se hacen consistir, porqué se crean y cuál es su función en el negocio jurídico, lo que nos permitirá introducirnos en el interesante mundo de la Historia del Derecho.

2.- GENESIS DE LAS SOLEMNIDADES.

En todas partes del mundo en que aparece el hombre, surge éste como un ser temeroso de todo aquello que desconoce y le impresiona; enfrenta con gran valor a las enormes bestias y a los demás de su especie y, no obstante, siente un gran miedo hacia la muerte, no sabe que extraño estado es y se atemoriza.

Arredondo Muñozledo nos dice, que hasta hoy el aspecto más avanzado en la vida de los Neanderthales, fue el descubrimiento que hicieron de las ideas mágicas, punto de partida de las ideas religiosas; que no de otra manera se han podido interpretar los entierros de sus muertos y, que son precisamente los primeros de todos los seres humanos que aprendieron esta actividad y la ejecutaron con cuidado, llenando las tumbas con frutas y granos comestibles y con estatuillas protectoras "... y recubrieron la tumba con piedras tan sólidas, que solamente una interpretación se puede derivar de todas estas observaciones: creían en el alma, y en la inmortalidad del alma" (6).

Podemos afirmar, que con el entierro nacen las religiones y aparecen las solemnidades (además del culto a la tierra y la noción de la intransmisibilidad de esa tierra), es decir, comienzan los ritos y ceremonias solemnes para recubrir aquellos actos que al hombre primitivo le impactan y que le van a dar un carácter profundamente religioso.

Javier de Cervantes nos dice, que por mucho que nos remontemos en la historia de la raza indoeuropea, no se advierte que esa raza haya creído jamás que tras esta corta vida todo hubiese concluído para el hombre, por el contrario, las generaciones mas antiguas, mucho antes de que hubiera filósofos, han creído en una segunda existencia después de la actual; aquellos pueblos o razas consideraron la muerte, no como una disolución del ser, sino como un mero cambio de vida; y también se creyó durante mucho tiempo, que en esta segunda existencia el alma permanecía asociada al cuerpo, nacida de él en la tumba y que, por muy viejas que sean estas creencias, de ellas nos han quedado testimonios auténticos, como son los ritos de la sepultura (7).

El mismo Cervantes agrega, que de esta primitiva creencia derivó la necesidad de la sepultura; pero para que el alma del muerto permaneciera en su morada subterránea, era necesario que el cuerpo a que estaba ligada quedase recubierto de tierra, pues se suponía que el alma que carecía de tumba no tenía morada, si

no que vivía errante, y en vano aspiraba al reposo apetecido -- tras las agitaciones y trabajos de esta vida: "Desgraciada, se convertía pronto en malhechora; atormentaba a los vivos, les enviaba enfermedades, les asolaba las cosechas, les espantaba con apariciones lúgubres para anunciarles que diesen sepultura a su cuerpo y a ella misma" (8).

Al efecto, nos narra Fustel de Coulanges, que los pueblos del Lacio convirtieron a sus muertos en dioses que eran reverenciados por sus parientes mediante solemnes actos ejecutados por el jefe de la familia constituido en sacerdote de la religión familiar y que así se desarrollaron, primero las familias, luego las fratrias y tribus hasta llegar a las grandes ciudades de la antigüedad, esto es, que estuvieron dirigidas siempre por un supremo sacerdote experto en ritos y fórmulas extrañas y para toda ocasión:

... la comparación de las creencias y de las leyes - muestra que una religión primitiva ha constituido la familia griega y romana, ha establecido el matrimonio y la autoridad paterna, ha determinado los rangos del parentesco, ha consagrado el derecho de propiedad y - el derecho de herencia... De allá han procedido todas las instituciones y todo el derecho privado de los antiguos (9).

3.- EL ANTIGUO EGIPTO.

Nos explica Cervantes, que se ha criticado a Fustel de Coulan--ges por el hecho de dar al fenómeno religioso la capital impor--tancia con lo que lo presenta, menospreciando otro género de fe--nómenos de carácter social que deben haber influido en las pri--mitivas organizaciones, pero, afirma dicho autor, sin excluir - otros elementos, el fenómeno religioso es sin duda alguna el -- más importante "... y merece ser estudiado a través de la obra--de Coulanges, no solamente por la veracidad que en sí encierra, sino por el enorme atractivo con que el citado autor lo revis--te" (10).

Creemos que estos dos grandes estudiosos de las culturas anti--guas, Coulanges y Cervantes, nos proporcionan datos muy valio--sos; es indudablemente cierto que los pueblos de la antigüedad, no sólo los europeos sino todos los del mundo, incluidos los me--xicanos, fueron profundamente religiosos y así lo revelan sus - legendarias mitologías. Remontándonos más allá de la obra de di--chos autores llegamos al imperio egipcio y vemos que este pue--blo atribuía a Osiris, dios de la vegetación, el invento no so--lo de los cultivos, sino también, al mismo tiempo, del matrimo--nio, de la moral y de las leyes, que el culto de las fuerzas na--turales envolvía a esos hombres en manifestaciones divinas y la vida social no tuvo, en su origen, otra sanción que la del cul--to; todo grupo fue, por consiguiente, religioso; el jefe de la-

comunidad, el rey, era un sacerdote sin otro poder que el derivado de la divinidad:

En un principio fue el caos, donde el espíritu del mundo yacía difuso e inconciente. La materia y el espíritu no han sido creados; fueron en todo tiempo. La creación no es sino la conciencia que el espíritu del orbe tuvo de sí mismo, desgajándose así de la materia y dando a luz al ser puramente espiritual, simbolizado en el sol: Ra. El gran dios creador, Atum Ra, está, pues, formado por dos personas distintas. Atum, el espíritu del mundo, al desprenderse, da nacimiento a Ra; Atum y Ra resultan así un solo dios: el espíritu del mundo y su conciencia creadora (11).

Utilizando esa profunda religiosidad primitiva, la monarquía egipcia montó una teoría del poder que encontraba su justificación en el carácter sagrado que hereditariamente se iba transmitiendo en la dinastía.

Es notable, cómo a este imperio antiguo correspondió una civilización muy adelantada en materia de Derecho, adelanto que no fue considerado por las posteriores culturas helénicas y especialmente la romana; en efecto, 2990 años A. de C., entre los egipcios, por lo que hacía a las cuestiones que hoy contemplan las leyes civiles, no existía la potestad marital ni el privile

gio de mayorazgo ni el de varonía que vamos a encontrar después en todos los pueblos hasta épocas relativamente recientes; el testamento fue libre y las reglas de la herencia las mismas para hijos e hijas.

Asienta Pirenne que en Egipto la democracia desarrolló el misticismo que se manifestó tanto en la piedad individual como en -- las procesiones y ceremonias populares del culto. Los ritos locales, al dirigirse a sus dioses y sus símbolos, constituían manifestaciones de amor a cuantos aspectos cobraba la divinidad:

Pero cualesquiera que sea su forma expresiva, la devoción conduce a la idea de que la religión es dueña de la verdad. La moral, entonces, se halla cada vez -- mas dominada por la religión. Puesto que la divinidad es la soberana justicia, la sabiduría consiste -- en entregarse a ella, en aceptar su voluntad, aunque a veces pueda parecer incomprensible (12).

4.- GRECIA

Así las cosas, los misterios que penetraron en Grecia recibieron la influencia directa de las ideas osiríacas; la idea de la inmortalidad del alma, de la redención del mundo por la muerte -- de su dios -Osiris, Anubis o Dionisos- y la creencia de una moral de la que dependía el destino de los hombres en un mundo ul

traterreno, representan la mayor aportación del pensamiento - - egipcio y griego de esa época.

Se nos presenta entonces una Grecia misteriosa, llena de dioses domésticos y dioses de las ciudades, quienes gobernaban todos - los actos humanos. La religión prescribía que el hogar familiar tuviese siempre un sacerdote supremo y este gran sacerdote del hogar doméstico lo era el padre de cada familia; de la misma manera, los antiguos reyes de Italia y de Grecia, fueron, ante todo, sacerdotes al cuidado de los sacrificios públicos de la ciudad, concedores de las fórmulas y ceremonias que halagaban a sus dioses manes; así, se afirma que Alejandro de Macedonia "... después de celebrar un sacrificio a los manes del primer héroe griego ante Troya, ganó una tras otra las victorias de Granica e Isv" (13).

De todo lo que hasta aquí se ha dicho resulta claro que eran -- atribuciones propias de los reyes, ofrecer los sacrificios, mandar en la guerra y, además, dictar justicia. Sabemos que en Roma el primer sacerdote fue Rómulo, quien "... estaba instruido en la ciencia augural y que fundó la ciudad según ritos religiosos" (14), por ello, refiere Cicerón, los antiguos no representaban a Rómulo en traje de guerra sino en hábito de sacerdote, con el bastón augural y la trábea (15). No resulte entonces extraño que, entre los pueblos de la antigüedad la ley fuese, al principio, parte de la religión:

Los antiguos códigos de las ciudades eran un conjunto de ritos, de prescripciones litúrgicas, de oraciones, al mismo tiempo que de disposiciones legislativas. Las reglas del derecho de propiedad y del derecho de sucesión se encontraban dispersas entre reglas concernientes a la sepultura y al culto de los muertos... El Código de las Doce Tablas, también contenía minuciosas prescripciones sobre los ritos religiosos de la sepultura. La obra de Solón era a la vez un código, una constitución y un ritual; allí se reglamentaba el orden de los sacrificios y el precio de las víctimas así como los ritos de las nupcias y el culto de los muertos (16).

Es en el seno de las religiones en donde nace, pues, el Derecho de suerte que los dioses van a ser los legisladores de esa época; así, se dice que los cretenses atribuían sus leyes a Júpiter; los lacedemonios a Apolo; los etruscos a Tages; los romanos a Egeria, etc. Como veremos mas adelante, en Roma no bastaba el sufragio del pueblo para dictar una ley sino que, además, los pontífices debían aprobar la decisión popular y los augures atestiguar que los dioses les eran favorables.

Pero como el poder absoluto generalmente envilece, ocurrió que el jefe político y religioso de la ciudad pronto tuvo dificultades que más bien eran desacuerdos o conflictos relacionados con

el grado de obediencia, o mejor, de sumisión, que le debían los gobernados, dándose así las luchas en las ciudades entre la - - aristocracia y los reyes, de las que se afirma que la realeza - resultó vencida y despojada de su autoridad política aunque no - de la religiosa. Dice Aristóteles que en tiempos muy antiguos - los reyes tenían un poder absoluto en la paz y en la guerra; pe - ro luego unos, por propia voluntad, renunciaron a este poder, y a otros se les arrancó por la fuerza, y solo se dejó a estos re - yes al cuidado de los sacrificios; coincide en el punto Plutar - co cuando afirma que, como los reyes se mostraban orgullosos y - duros en el mando, la mayoría de los griegos los despojaron del poder y solo los dejaron al cuidado de la religión; y cuando, - en fin, Herodoto habla de la ciudad de Cirene, dice que se dejó a Battes, descendiente de los reyes, al cuidado del culto y la - posesión de las tierras sagradas, pero se le arrebató todo el - poder de que sus padres habían gozado (17).

Surge así la separación entre religión y el primitivo Derecho; - aquélla queda al cuidado del pontífice y éste al cuidado del ma - gistrado. Tal separación va a traer importantes consecuencias; - en efecto, el Derecho deja de ser algo secreto y misterioso pa - ra la plebe y va a volverse público y conocido de todos, es de - cir, que salió de los rituales solemnes y de los libros sacerdo - tales para ser común, una lengua que ahora todos podrán leer y - entender. La más importante derivación de esto se hace consis - tir en que la ley deja de ser producto divino, ya no va a ser -

dictada por los dioses sino por los hombres.

El Derecho cambió entonces su naturaleza y ahora las decisiones del pueblo van a ser la ley; en efecto, una revolución social - terminó con el imperio de la clase sacerdotal y marcó el inicio de un nuevo Derecho que se va a sustentar ya no en misterios - religiosos sino en el interés público y "El modo que pareció -- más sencillo y seguro para saber lo que demandaba el interés público fue el de reunir a los hombres y consultarles" (18); es - bien sabido que en Atenas el sufragio se consideraba como una - de las fuentes mas santas de la autoridad.

5.- ROMA

El estudio de la historia y del Derecho de este pueblo son fundamentales para cualquier investigación en materia civil, pues, de dónde si no de Roma parten instituciones y figuras jurídicas aún vigentes en Europa Occidental y en América.

5.1. ANTIGUEDADES ROMANAS

En la antigua Roma las cosas no fueron distintas al resto de -- aquel mundo que era uno en sí y tuvo, por lo mismo, que recibir las tendencias culturales griega y egipcia. De igual manera, Derecho y religión se encontraban envueltos en prácticas, ritos y fórmulas solemnes que no se comprendían por su carácter miste--

rioso y sagrado. Entre los romanos el rey era, además de jefe político y primer legislador, gran pontífice, guardián e intérprete de los dogmas y culto religioso de la ciudad. Era costumbre coronarse de hojas y flores cada vez que se realizaba un acto solemne de la religión y vestirse de blanco porque era este el color sagrado, el que agradaba a los dioses, por ello, vemos muchas veces las representaciones escultóricas de los emperadores, con vestiduras blancas y coronas de hojas y flores.

Los ritos religiosos de la ciudad se realizaban en lugares especiales, pues si se celebraba alguna sesión fuera de lugar sagrado, las decisiones adoptadas habrían estado afectadas de nulidad, puesto que estarían tomadas sin la presencia de los dioses.

¿Cuál fue entonces el desarrollo entre el Derecho privado propio de cada familia y el Derecho civil de la ciudad? Existiendo una religión doméstica, hereditaria de varón en varón, la propiedad sigue esta misma suerte. Como el hijo es continuador natural y obligado del culto, también hereda los bienes, entonces la regulación sobre la herencia se deriva de las creencias, de la religión; el padre no necesita hacer testamento, el hijo hereda con pleno derecho, es heredero necesario, no tiene que aceptar ni rechazar la herencia. La continuación de la propiedad, al igual que la del culto familiar, son para él tanto una obligación como un derecho de naturaleza privada porque se originan y toman su validez en el desarrollo familiar, donde el pa

dre era el magistrado, juez y pontífice máximo "La lanza, es decir, la fuerza guerrera, es para el quirite (hombre de la lanza) el medio originario y por excelencia para adquirir el poder de la manu; cuando desaparezca como medio brutal y salvaje, se conservará como símbolo" (19), y este medio o símbolo de la adquisición primitiva fue luego substituído por la solemnidad -- del bronce y la balanza (per aes et libram), de suerte que el Derecho privado pasó, del padre de familia (manu) a la autoridad del pontífice.

De acuerdo con este estado de cosas, en Roma los pontífices -- eran al mismo tiempo jurisconsultos y jueces que resolvían todas las cuestiones relativas al matrimonio, divorcio, adopciones, testamentos y litigios sobre la propiedad y toda suerte de asuntos, porque Derecho y religión se confundían.

Cabe anotar que nada nos dice M. Dupin sobre este origen religioso del antiguo Derecho romano, sólo apunta que era el uso el que gobernaba los negocios y que a falta de uso se recurría al rey quien manifestaba su voluntad por medio de edictos, pero -- que como el pueblo no estuviere muy agrado con esta forma de gobernar, pidió leyes; entonces los reyes comenzaron a consultar al pueblo y el resultado de la voluntad general hacía la -- ley, a la que debían someterse los reyes mismos (20). Este es, sin duda, el origen de los llamados **comicios calados**, que eran la más solemne reunión de los romanos, en los que se sufragaba-

por escrutinio y se efectuaban en el Campo de Marte; así, si alguno quería testar, cosa prohibida por la religión de la ciudad, debía esperar a los comicios calados y allí, con palabras imperativas, se dictaba la ley, y de la misma manera se procedía -- tratándose de otros negocios de carácter civil.

5.2. LAS DOCE TABLAS.

Las Doce Tablas que se formulan en el año 303 de Roma, contie--nen las antiguas costumbres romanas y lo más sabio que tenían - los griegos; es en esta época que la Ley Valeria-Horatia declara--ró que las reuniones de la plebe tuvieran en sus decisiones - - fuerza de ley.

La ley de las Doce Tablas deja a la tumba su carácter de inaliegnable pero se lo quita al campo. Narra Coulanges, que en segui--da se permitió dividir la propiedad si había varios hermanos, - pero a condición de que se celebrase una nueva ceremonia reli--giosa porque sólo la religión podía distribuir lo que la reli--gión había declarado antaño indivisible (21), en fin, que se - permitió vender el dominio pero también para ello se necesita--ron solemnidades de carácter religioso; la venta solo podía realizarse en presencia del libripens y con todos los ritos simbó--licos de la mancipatio que mas adelante narraremos.

Con la expulsión de los Tarquinos, el poder supremo se transfi-

rió a dos cónsules, quienes tenían la misma autoridad que anteriormente había correspondido a los reyes, pero cuando estuvieron enteramente dedicados a los negocios de la guerra, se vieron en la necesidad de abandonar los asuntos civiles al cuidado de diversos magistrados, y las religiones, al cuidado de los pontífices.

No obstante la momentánea separación entre autoridad religiosa y autoridad civil, todas aquellas fórmulas solemnes y demás rituales, no desaparecieron, pero hubo un cambio en la naturaleza de las solemnidades y del Derecho en general; los actos jurídicos que anteriormente se celebraban ante el pontífice se van a efectuar ahora frente a otra autoridad, magistrado o príncipe. Permanece lo más importante que se hacía consistir en la presencia de persona dotada de dignidad pública; ningún acto solemne podía celebrarse sin ella porque era quien poseía los secretos y misterios de aquellas antiguas creencias, de manera que en su ausencia no había acto solemne alguno por más que otro recitara las fórmulas y presidiera los ritos.

Recapitulando, entonces primero había que tener la autoridad necesaria para que el acto pudiera ser válido. Cuando el Derecho escapa de las manos del pontífice pasa al pueblo, el que se reúne en forma solemne para dar la ley, ahora en presencia también del príncipe quien va a ser, en el nuevo Derecho, la figura solemne por excelencia.

Octavio es aclamado Imperator a perpetuidad, luego padre de la patria y augusto, título éste reservado a las cosas santas.

En el año 727 de Roma el pueblo le dió el poder tribunicio a -- perpetuidad y el preconsulado; cuatro años después le fue conferida, también a perpetuidad, la potestad y, por último, se le -- otorgó el título de pontífice máximo, es decir, que en este augusto se volvieron a reunir todos los poderes y atribuciones -- que habían sido objeto de desmembramiento durante la República.

Por la Ley Regia, el pueblo habría de delegar, más tarde, al emperador, todas las facultades que anteriormente le correspondieron.

Durante este primer período del Imperio se contraponen al testamento y a los contratos de Derecho estricto, los contratos de -- buena fe:

El Derecho estricto no era sino un conjunto de creaciones artificiales y arbitrarias cuyo objeto era el de gobernar por representaciones materiales al hombre todavía incapaz de dejarse gobernar por la simple razón. El Derecho civil habla al hombre con el lenguaje severo de la autoridad y lo obliga a la obediencia ante los arcanos y los mitos religiosos, duros y a veces feroces, explotando su credulidad, su ignorancia-

y su superstición (22).

En todos los emperadores que siguen a Octavio hay un absoluto - autoritarismo o, mejor expresado, un absolutismo autoritario.

5.3. SOLEMNIDADES DE LOS NEGOCIOS CIVILES EN EL DERECHO ROMANO-ANTIGUO.

Es muy interesante todo este Derecho antiguo en lo que se refiere a las solemnidades que debían recubrir todos los actos jurídicos celebrados por los ciudadanos romanos, como a continuación veremos al referirnos a cada uno de los negocios civiles.

5.3.1. LA MANUMISION.

Por Heineccio sabemos que había modos de manumitir solemnes y no solemnes. Los primeros eran: por censo, por testamento y por la vindicta. Los no solemnes: por carta, entre amigos, por convite y llamando al esclavo "hijo".

Vamos a referirnos aquí a la manumisión por censo, toda vez que las demás formas subsistieron al Derecho justiniano, no así esta que fue abolida por Constantino El Grande quien la substituyó por la manumisión en las sacrosantas iglesias; de ello hablaremos posteriormente.

El censo fue creado por Servio Tulio con el objeto de que los reyes supiesen cuántos soldados podían alistar, cuánto dinero había en la ciudad y qué impuestos podían cobrarse sin disminuir los capitales. Así, cada cinco años los censores tomaban nota de los ciudadanos, sus hijos, sus patrimonios y propiedades, sexo, dignidades, etc., pero como los esclavos no eran tenidos por personas sino por cosas, no eran objeto del censo, y si queriéndolo y mandándolo sus señores se daban los nombres de ellos a los censores y éstos los anotaban en las tablas censorias, al momento los esclavos se hacían hombres libres.

5.3.2. LA ARROGACION.

Siguiendo al mismo autor, por lo que hace a la arrogación, vemos que el pueblo determinaba sobre ella en los comicios calados y mediando la autoridad de los pontífices:

... el padre arrogador declaraba en ellos que quería tomar a fulano por hijo. Este era preguntado, si quería aprobarlo y si consentía en aquella arrogación. -- Si decía que sí, preguntaba en seguida a los pontífices, si permitían que aquel hombre sui juris pasase a la familia y potestad de otro; y consintiendo en ello, el magistrado recitaba la fórmula solemne: ¿Queréis mandar, quirites, que fulano sea por ley y por derecho hijo de Lucio Ticio, del mismo modo que si hubie-

se nacido de él y de su mujer? En seguida se ponía a votar al pueblo y consentido por la mayoría, se tenía por consumada la arrogación (24).

Las solemnidades de la arrogación se hacían consistir, entonces en lo siguiente:

A.- La presencia del príncipe como máxima autoridad política y requisito esencial para la validez del negocio;

B.- Presencia del pontífice como autoridad religiosa poseedora de los secretos del Derecho;

C.- La reunión y sufragio del pueblo en los comicios convocados;

D.- Presencia física de los interesados, arrogador y arrogado, y

E.- Las palabras formularias.

5.3.3. LA ADOPCION.

En cuanto a la adopción, como ésta recaía en personas que estaban bajo la potestad de sus padres, tenía que celebrarse la solemne ceremonia que correspondía a todo acto de enajenación de bienes; en presencia del magistrado, puesto que no podía hacerse privadamente, el padre vendía tres veces al hijo al adoptante por la moneda y la balanza y el comprador debía recitar la siguiente fórmula: "Digo que este hombre es mío, pues le he com

prado con esta moneda y balanza de cobre".

Tal era el rito de la emancipación porque emancipar, entre los romanos, era vender alguna cosa por la moneda y el peso, delante de cinco testigos, ciudadanos romanos, otro que les exigía su testimonio (antestado), y el fiel que tenía la balanza (libripende) y, por lo tanto, emancipar no era otra cosa que liberar de la potestad paterna a los hijos por medio de esta solemne venta triple. Así se desprendían los romanos de todas las cosas constituidas en su dominio, y los hijos estaban dentro de él.

El solemne procedimiento aquí descrito para la adopción, derivaba de las Doce Tablas, pero el emperador Anastacio puso término a estas ventas imaginarias y estableció o sustituyó dichos ritos por el rescripto del príncipe.

5.3.4. TESTAMENTOS

Vamos a hablar ahora del desenvolvimiento histórico-jurídico de los testamentos y facultad de testar, procedimiento que nos narra Heineccio y que vale la pena recuperar por lo interesante y ameno:

... sabemos que antiguamente se hacían los testamentos en los comicios calados, cuya palabra viene de ca

lare, que significa convocar o llamar. Convocados --
pues los comicios, el magistrado preguntaba al pueblo,
si querían o no que este o aquel fuese heredero por --
Derecho y ley, como si fuese su hijo o heredero más --
próximo. En seguida votaba el pueblo, y si la mayor --
parte de las curias consentían en esta ley, era aquél
heredero. Pregunto ahora ¿qué otra cosa era semejante
testamento que una ley pública? Porque ciertamente --
ley entre los romanos era la que establecía el pueblo
en los comicios a propuesta de un magistrado senato--
rio. Por tanto, si un ciudadano romano hacía testamenu
to en los comicios convocados, no mudaba el Derecho --
público de la sucesión de los agnados por voluntad --
privada, sino por otra nueva; lo cual nadie duda que
pueda hacerse (25).

Opina Margadant que es dudoso que se pueda realmente hablar de--
un testamento con carácter de ley, pues no sabe si los comicios
debían ser meramente testigos, o si podían aprobar o reprobar --
el testamento (26); consideramos que ha quedado establecido, --
hasta aquí, que el pueblo se reunía para dictar la ley desde el
momento en que tuvo desacuerdo en la forma de gobernar por me--
dio de edictos, lo que obligó a los reyes a consultarlo y apro--
bar la voluntad general. Cita Heineccio una regla de Derecho: --
"nada es mas natural que el que una cosa se disuelva del mismo--
modo que se unió", y estando establecida por ley la sucesión de

los mas próximos parientes, no podía cambiarse de otro modo que por una nueva ley: "Luego los testamentos eran leyes; y no pudiéndose hacer estas, según las costumbres de los romanos, sino en los comicios, era consiguiente que también se hiciesen los testamentos en los comicios convocados" (27). Conviene, pues, continuar con las valiosas exposiciones de este autor en los propios términos que él utilizó:

Con el tiempo se cansaron los romanos de estos rodeos porque ¡cuán molesto no era convocar a todo el pueblo romano para hacer un testamento y someterlo a sus votos! Agrégase, que así era conocido siempre el heredero, y podía suceder fácilmente lo que poco hace dijimos de los pactos sucesorios, a saber, que quería mas el heredero tener la herencia, que no esperarla, y por tanto podía poner asechanzas a la vida del testador. Siendo pues por estas causas muy molesto hacer los testamentos en los comicios convocados, se introdujo el otro modo de hacerlos por el peso y la moneda. Hace mención de él Justiniano y también Gelio, pero ninguno lo describió tan minuciosamente como Ulpiano. Observa éste que en dicha testamentifacción hay dos cosas a que atender; la enajenación de los bienes de la familia y el nombramiento de heredero. Se hacía 1º llamando cinco testigos ciudadanos romanos; 2º el libripende que tenía la balanza; 3º el antestado que se

llegaba al oído de los demás testigos presentes, y les advertía que se acordasen, y últimamente; 4º el comprador de los bienes que representaba al heredero y compraba la herencia en especie. Ante todas cosas pues, el comprador de la herencia echaba una moneda en la balanza, y decía, que era suya la familia o herencia, porque la compraba por aquella moneda y peso. Después el testador cedía el derecho de ella al comprador, y seguía el nombramiento de heredero, que se hacía levantando el testador en alto las tablas selladas que contenían su última voluntad, y añadiendo las palabras solemnes: doy, lego, testo, según que en estas tablas de cera está escrito lo que en ellas se expresa, y vosotros, caballeros romanos, dad testimonio de ello. Últimamente el antestado se llegaba al oído de los testigos presentes, y les encargaba que se acordasen de todos estos actos (28).

Se introdujo, pues, una nueva forma de testar que no era sino una venta imaginaria solemne, porque no se pagaba el justo precio de los bienes sino una moneda, y el comprador no adquiría la herencia, sino el heredero escrito en las tablas. Después se creó el testamento pretorio que no requería mas que siete firmas. Si sellaban las tablas con sus anillos siete testigos, el pretor declaraba la validez del acto.

Existió, también, mucho antes de Justiniano, una forma especial de testar para los militares que iban a entrar en combate; las solemnidades requeridas para este acto eran las siguientes:

A.- Llevar ceñido ya el sayo militar o Cinto Gabino y el escudo en la mano;

B.- Presencia de tres o cuatro testigos y,

C.- Proximidad de la muerte, es decir, extremo peligro o muy poca esperanza de salir con vida.

5.3.5. NEGOCIOS INTER VIVOS.

En materia contractual, nos dice Mazeaud, que la obligación no se creaba por la voluntad, sino por medio de las formas, de los ritos, siendo la forma más antigua de contratar el *nexum*, por el cual el prestatario quedaba encadenado a disposición del acreedor, que la *sponsio* apareció igualmente muy pronto y con un carácter religioso que al laicizarse se convirtió en la *stipulatio* o contrato formalista (29). A este punto nos referiremos cuando se entre al estudio de las solemnidades de los contratos en la época de Justiniano, por ahora baste decir que en materia de contratos constituían un imperativo las fórmulas sacramentales, en forma tal que a cada acto correspondía una de ellas; así, al "dari spondes", había que responder: "spondeo"; y si no se pronunciaban tales palabras, tampoco había contrato: "En vano el acreedor reclamaba el pago de la deuda; el deudor -

nada debía pues lo que obligaba al hombre en este Derecho antiguo, no era la conciencia ni el sentimiento de lo justo sino la fórmula sagrada" (30).

Cada negocio jurídico iba acompañado de ciertos signos exteriores; para la venta había que emplear el cobre y la balanza; para adquirir cualquier cosa debía esta tocarse con la mano, es decir, la mancipatio; si se disputaba una propiedad tenía lugar un combate ficticio entre los litigantes, esta era la manuum -- consertio.

Hay que subrayar que los derechos civiles y políticos del ciudadano tenían estrecha relación con lo religioso, a grado tal que quien renunciaba al culto religioso, renunciaba, en consecuencia, al Derecho.

5.4. CRISTIANIZACION DEL IMPERIO ROMANO.

Cuando Justiniano profesó el cristianismo "... se derrumbó todo el derecho sagrado de la antigua Roma y toda aquella parte del Derecho civil que estaba ligada con él. Desaparecieron de la -- corte los pontífices, los flamines y las vestales, y fueron reemplazados por los sacerdotes y los obispos" (31). Sin embargo, vemos que el cambio de religión no apartó la cosa religiosa del Estado y así se desprende no sólo de lo dicho por Cervantes, si no de múltiples testimonios históricos:

Con motivo de la cristianización del Imperio fueron elevados a las primeras dignidades administrativas, los obispos ... colocados en el primer puesto de las ciudades donde residían, fueron rodeados de respeto y de veneración y eran miembros de los consejos que nombraban a los tutores y curadores, y recibieron como los cónsules, los procónsules y los pretores, la facultad de manumitir a los esclavos dentro de sus respectivas iglesias. En ausencia del magistrado civil de la ciudad, ocupaban su puesto (32).

Se advierte, pues, el mismo coligamento iglesia-estado desde la Roma de Constantino, pero lo importante aquí consiste en que, medio abatido el paganismo, la antigua severidad de las formas y de las palabras sacramentales necesarias en todos los actos jurídicos, cayó en desuso, se siguió el camino que dulcificaba las costumbres y el Derecho, se abandonó la forma corporal o material y dichas fórmulas se abolieron definitivamente por el emperador Constantino, quien las consideró como un insidioso juego de palabras: "Juris formulae syllabarum insidiantes, conctorum actibus radicitus amputentur" (33).

Durante el reinado de Constantino, aunque el paganismo no quedó proscrito, el cristianismo fue el culto del emperador, quien -- erigido en amparo de la iglesia continuó ostentando el título de pontífice máximo de ambas religiones hasta fines del siglo --

IV, cuando en el año 380 este culto fue elevado a rango de religión oficial del Imperio.

Para esta época ya los migrantes habían invadido el Imperio Romano de Occidente. Estos pueblos tenían un derecho consuetudinario fundido con la religión y los usos sociales, que era considerado entre ellos como el ordenamiento de la paz general, pero, como atestigua Casiodoro, el Derecho romano continuó observándose en los países conquistados porque era tanta la humanidad de aquellos llamados bárbaros que dejaban a los vencidos la elección de la ley en que querían vivir (34).

Escribe Pirenne, que en el año 438, cuando el Imperio de Occidente se halla desbordado por los vándalos, Teodosio II publica, en latín, en Constantinopla, el primer código oficial de Derecho romano (35), y con esta prevalencia del Derecho romano sobre el de los pueblos migrantes, quienes únicamente constituyeron el elemento militar, todos ellos recibieron la influencia romana. Los ostrogodos se cristianizaron y romanizaron hasta tal punto que cuando Teodorico trasladó su capitalidad a la ciudad de Rávena, sus costumbres habían desaparecido, aunque se afirma que los burgundios, visigodos y vándalos, que no trajeron nada nuevo al Imperio, en algunos aspectos sí lo barbarizaron:

En 417, Osorio, que los había tratado, los describía

así: los godos son pérfidos, pero castos; los alanos son más viciosos, pero menos pérfidos; los francos, - embusteros, pero hospitalarios; los sajones son de - una crueldad espantosa, pero de una pureza de costumbres admirable (36).

El atraso de los germanos, antes de entrar al Imperio, puesto - que no conocían la escritura, ni la moneda, no tenían clero y - su religión muy rudimentaria carecía de toda preocupación moral, no era, no obstante, tanto como el de los eslavos que en la -- misma época ocupaban las llanuras de Rusia septentrional y quienes desconocían la patria potestad como noción de autoridad jurídica y solo la fuerza dominaba; quienes abandonaban a los ancianos sobre los témpanos de hielo arrastrados por las corrientes de los ríos para desembarazarse de ellos; quienes a la muerte del marido sacrificaban a la mujer. Así pues, estos germanos invasores eran, a nuestros ojos, ignorantes, pero nunca faltos de inteligencia lúcida que recibió benéficamente el impacto de una cultura jurídica avanzada, de suerte que jurisconsultos galorromanos prepararon compilaciones, para uso de los jueces, - que adaptaron el Derecho a las nuevas necesidades, dictaron la ley romana de los visigodos y la ley romana de los burgundios:

El Derecho romano, tal como la Edad Media había de conocerlo hasta finales del siglo XI, quedaba fijado y - el Breviario de Alarico debía constituir la base del-

derecho escrito en el mediodía de Francia. Al mismo -- tiempo, las costumbres bárbaras se romanizaban tan rápidamente que, en el curso del siglo VII, el rey visigodo Recesvinto (649-672) publicó como ley visigoda un verdadero código romano, suprimiendo la personalidad - del Derecho entre germanos y romanos. No quedaba, pues, de las instituciones germánicas mas que el arcaico wergeld, que iba a ocupar un puesto en el régimen seño- - rial en formación (37).

Los germanos, siguiendo el ejemplo romano, formularon por escrito sus usos y costumbres y su primera ley escrita fue la Sálica, que se ocupa mas de cosas del wergeld y muy poco del Derecho civil, por lo que no hubo mas Derecho civil que el romano, y éste continuaba cristianizándose.

Vimos ya que el cristianismo fue adoptado como religión de Estado, pero esta adopción no provocó ninguna ruptura en la concepción del poder; el emperador dejó de ser considerado como dios- pero su autoridad continuó entendiéndose divina. Así, en el futuro habría una autoridad religiosa diferente de la autoridad - civil pero unidas por un lazo común: el emperador.

Esta iglesia habría de romper la unidad jurídica del Imperio, - aprovechando el abandono de Roma por parte del emperador y el - reconocimiento que hizo Constantino de una jurisdicción diferente

te para los clérigos.

De tal mezcolanza resultó un Derecho romano-canónico-germano; - así, había varios modos de manumitir, unos de origen germánico- y otros de origen romano. Entre estos figura el que se realizaba ante el obispo; el así manumitido quedaba bajo la protección de la iglesia y en adelante se llamaba **tabularius** o **ecclesiasticus homo**. Lo importante es que también la iglesia conservó la tradición romana y fue la encargada, a través de muchos siglos, de que subsistiera y se difundiera extensamente.

5.5. EL DERECHO JUSTINIANO

Con el cristianísimo Constantino no hay una separación real entre el poder político y el poder religioso, y así continuarían las cosas, por ello, después vemos que el emperador César Flavio Justiniano que fue alamánico, gótico, fránquico, germánico, ántico, alánico, vandálico, africano, pío, afortunado, ínclito, vencedor y triunfador, fue también siempre 'Augusto' al Senado- y a todos los pueblos.

Este emperador es entronizado en 527 y veinte años de guerras - le van a devolver casi todas las provincias de lo que había sido el antiguo Imperio de Occidente:

Al mismo tiempo que reconquistaba el Imperio, Justi--

niano, como gran estadista, readaptaba sus instituciones a las necesidades nuevas. Su inmensa obra legislativa fue coronada, en 529, por la promulgación del -- llamado "Código de Justiniano", elaborado por una comisión de jurisconsultos bajo la presidencia del profesor Triboniano. Una segunda junta reunió todos los textos jurídicos, de doctrina o jurisprudencia, en la recopilación del Digesto o Pandectas y publicóse con el nombre de "Instituta" un manual destinado a los estudiantes. La obra legislativa realizada por Justiniano desde 534 quedó reunida bajo el título de "Nove- - las". A partir de entonces, el Derecho romano, despojado de arcaísmos que lo embarazaban, convirtióse en un cuerpo racional de doctrinas donde se reflejaba la profunda huella de la evolución de las ideas sociales coetáneas (38).

Justiniano puso término a los ritos y fórmulas religiosas misteriosos, substituyéndolos por otros más racionales y conservando como solemnidad obligada, en los negocios civiles y a excepción de los contratos, la presencia del príncipe o del magistrado, - porque era solemne todo aquello que no podía hacerse privadamente sino en presencia de autoridades, así como el uso de pala- - bras imperativas al declarar la voluntad.

5.5.1. SOLEMNIDADES DE LA MANUMISION.

Tomando como fuente a Heineccio, hasta el punto 5.5.7., inclusive, anotaremos, que por derecho nuevo solo subsistió, con carácter meramente religioso, la manumisión en las sacrosantas iglesias, ideada por Constantino en recuerdo de que alguna vez los gentiles manumitieron en el templo de los dioses. El ceremonial se hacía consistir en lo siguiente:

A.- El señor debía conducir al siervo a la iglesia;

B.- La declaración solemne de dar libertad al esclavo;

C.- Redacción de un instrumento público que firmaba el señor, y

D.- Debían abrirse las puertas de la iglesia para que el esclavo entrase en ella y pudiese caminar en su interior por -- donde mejor le acomodase.

En cuanto a la manumisión por testamento, siendo este un negocio solemne y siguiendo lo accesorio la suerte de lo principal, es claro que era un modo solemne para declarar la voluntad.

Más interesante fue la manumisión por vindicta. La vindicta tomó su nombre de Vindicio, esclavo de los vitelios, quien descubrió una conjura política y como premio fue manumitido por el Senado con la ceremonia que luego se institucionalizó para esta forma de manumitir y que consistía en lo siguiente:

A.- El siervo era conducido a presencia del magistrado en-

ESTADO
LIBRE
DE
LA
REPUBLICA
ARGENTINA

quien residía la acción de la ley;

B.- Dicho magistrado le mandaba dar una vuelta sobre sí;

C.- El magistrado daba una bofetada al esclavo al tiempo - que exclamaba: "Quiero que este hombre sea libre", y

D.- Por último, el lictor le daba un golpecito con una vara que se llamó 'vindicta'.

De entre las formas consideradas solemnes, la manumisión por carta hubo de ser firmada después por cinco testigos, por mandato de Justiniano, toda vez que algunos señores luego de manumitir por este medio, negaban haber escrito dicha carta o bien -- porque los esclavos que escapaban hacían cartas falsas; así, -- creyendo remediar estos males, el emperador mandó que cinco testigos estuviesen presentes y firmaran el documento.

5.5.2. EL MATRIMONIO.

Al igual que en el sistema antiguo, el matrimonio no requirió solemnidad pública alguna. Por Derecho nuevo el simple consentimiento hacía las nupcias, no obstante, se conservó la validez del matrimonio eclesiástico cuya solemnidad principal se hizo consistir en la celebración del acto religioso en presencia del sacerdote, puesto que seguía siendo considerado como autoridad pública.

5.5.3. LA ADOPCION.

En cuanto a la adopción, esta pasó a ser "... una acción solemne por la cual se toma en lugar de hijo o nieto a uno que no lo es por naturaleza. Dícese acción solemne, porque se hacía en -- presencia del pueblo en los comicios, o por la moneda y el peso delante de cinco testigos, el que les pedía su testimonio, y el fiel que tenía la balanza ... y también puede hoy llamarse acción solemne, porque se hace a presencia del príncipe o del magistrado". Digamos que la arrogación, por Derecho antiguo se -- efectuaba en los comicios calados y mediante la autoridad de -- los pontífices; pues bien, con posterioridad el conocimiento de la arrogación fue propia de los emperadores porque el pueblo, -- como ya anotamos, transfirió al príncipe todo su derecho por la Ley Regia. Las solemnidades de estos actos se anotan a continuación:

A.- Presencia del magistrado en quien residía la acción de la ley;

B.- No podía hacerse ni hasta cierto tiempo, ni por escrito, ni mediante procurador, y

C.- Voluntad declarada con palabras imperativas.

Justiniano mandó, que debían el padre natural y el padre adoptivo comparecer ante el juez, declarar el uno que quería dar en -- adopción y el otro adoptar al muchacho y pedir que este acto se anotara en los registros públicos; con ello se agregaban nuevas solemnidades al referido acto.

5.5.4. LA LEGITIMACION.

Fue igualmente solemne la legitimación que se efectuaba por rescripto del príncipe y que consistía en que el padre comparecía ante la suprema autoridad a la que solicitaba que legitimara a su hijo natural, a lo que seguía el rescripto y entonces el hijo era ya tenido por legítimo.

5.5.5. LA EMANCIPACION.

La emancipación de los hijos que se realizaba solemnemente en los comicios calados, fue substituída por Anastacio, quien estableció que si el padre quería emancipar a sus hijos, debía primero dirigir un memorial al príncipe, y segundo, obtener el rescripto declarando al hijo emancipado. Justiniano estableció otro modo de emancipar; en efecto, la emancipación justinianeana no se realizaba por el príncipe sino ante el juez.

5.5.6. ADICION DE LA HERENCIA.

La adición de la herencia también debía celebrarse solemnemente; recitadas las palabras de la aceptación por el mismo heredero, no por medio de procurador, se aceptaba simplemente, no hasta cierto día ni bajo condición; aunque tales actos no requerían de la presencia del príncipe.

Resulta de lo anterior que eran solemnes todas las acciones de la ley; se llamaban acciones de la ley aquellos actos que se debían celebrar en presencia de cierto magistrado, con palabras imperativas, sin procurador, condición ni día. De aquí resulta que tales acciones no se podían efectuar en forma privada sino en presencia del magistrado en quien residía la acción de la ley, tales como los cónsules, procónsules, pretores y presidentes de las provincias y aún los príncipes, pues ya señalamos que la arrogación se realizaba con la autoridad del príncipe, en tanto que la adopción, con la del magistrado.

5.5.7. TESTAMENTOS

Llegamos ahora al negocio civil sustantivo solemne por excelencia sujeto al axioma: En el testamento se han de observar todas las solemnidades que las leyes exigen, una que se omite, es el testamento nulo o injusto.

Es de considerarse que aquí comienza a distinguirse, en forma un poco clara, entre las solemnidades por causa puramente solemne y las solemnidades por causa de prueba ¿porque? Dijimos que por las antigüedades romanas los hombres no podían testar dado que su religión se los impedía y entonces había que acudir a los comicios calados para que el pueblo dictara la ley, y esta forma solemne de proceder, que ya hemos descrito profusamente, era por causa puramente solemne toda vez que solo mediante la -

ceremonia popular de esta naturaleza se podía arrebatarse a la religión ancestral la potestad de disponer de los bienes de una persona después de su muerte, porque no por prueba se reunía el pueblo a presencia del pontífice y del príncipe, sino que, consideramos, el príncipe intervenía como autoridad máxima pero -- también como fedatario de que el pueblo dictaba una ley y de esta forma restaba parte de su poder a la autoridad religiosa de la ciudad.

Justiniano mudó las formas de testar y creó otro rito, sin misterios ni representaciones simbólicas, pero igualmente solemne -- pues bien comprendía lo importante de los negocios por causa de muerte. Rodeó pues Justiniano de un gran número de solemnidades a esta clase de actos, sobre las que nuestro autor expresa que:

La razón de exigir las leyes tantas solemnidades no -- fue otra que el no haber cosa que deseen mas los hombres que la herencia, al mismo tiempo que no la hay -- tan expuesta a fraudes y a maldades como el testamento. Para poner pues un dique a estas malas artes, requieren las leyes tantas solemnidades, tantos testigos, tantos ritos, a fin de que no sea muy fácil fingir, falsear o corromper un testamento.

Estas solemnidades se hicieron consistir en lo siguiente:

A.- Unidad del acto. Esto se exigía escrupulosamente y la razón se encontraba en el testamento que se realizaba en los comicios calados; si éstos eran interrumpidos por 'agüeros sinietros', por enfermedad que sobreviniese, por intervención del -- tribuno de la plebe o de los magistrados, lo que en ellos se había acordado no era válido. El origen de este requisito es, entonces por causa meramente solemne;

B.- Presencia de siete testigos. Que fueran un número de siete no se debe a ninguna razón misteriosa, dado que se ha considerado tal número como cabalístico, sino para representar a las personas que intervenían en el testamento por la balanza y la moneda, a saber, cinco testigos, el antestado y el libripende;

C.- Los testigos debían ser rogados. Tuvo también su origen en los comicios calados, pues en estos era necesaria la súplica solemne: queréis, mandáis, ciudadanos romanos, etc.;

D.- Los testigos debían ver al testador. Si era de noche se encendían luces y si la cama en la que estaba el testador, cuando su estado de salud así lo requería, se encontraba rodeado de cortinas o pabellones, debían descorrerse, pues: "... qué cosa más fácil que meterse uno en la cama del testador ya difunto e instituirse heredero a sí mismo o a los que él quiera, si los testigos no ven al testador;

E.- Los testigos debían ser capaces de testamentifacción.- El origen de esta disposición también se encuentra en los comicios calados porque solo quienes antiguamente podían testar en-

ellos pudieron luego ser testigos; por esto no podían serlo la mujer, el impúber, el siervo, el furioso y los sordomudos: todos ellos no tenían derecho a acudir a los comicios. Por otras razones no se admitió a los ciegos, porque no podían ver al testador; tampoco se admitió a los condenados a alguna pena por libelos infamatorios: "... porque era tanta su vileza e infamia, que con razón no se les daba crédito en nada";

F.- Ninguno de los siete testigos debían estar unidos ni al testador ni al heredero con vínculo de potestad, porque ninguno puede ser testigo en causa propia y el padre y el hijo sentían por una sola persona, y

G.- La declaración de voluntad, que debía hacerse con voz imperativa, clara e intelegible.

Entre otras solemnidades, si el testamento no era de viva voz, sino hológrafo, debía ser escrito por el testador o, al menos, firmado por él. Si un escribano escribía las tablas y el testador las firmaba, era igualmente válido que el ológrafo. Si el testador no sabía escribir, debía añadirse un octavo testigo -- que firmara a su nombre. No debían emplearse abreviaturas ni cifras y, por último, se exigía la suscripción y sello de cada uno de los que habían intervenido en el acto. En las ciudades no podían firmar unos por los que no supieran escribir, como en el campo, porque no habiendo falta de hombres, debían buscarse personas hábiles que supieran escribir.

Hablamos antes de un testamento militar o testamento in procinctu; este dejó de estar en uso mucho antes de Justiniano, cuando los emperadores introdujeron la milicia mercenaria; entonces -- los militares no tuvieron que observar ninguna solemnidad pues, ¿qué cosa hay más solemne que la proximidad de la muerte? Si ha sido ella, como ya quedó asentado, la causa y origen de las ceremonias y ritos ancestrales celebrados por los hombres; si lo que la muerte significa continúa dentro de los misterios y de las creencias: "No es dudoso que son válidas las voluntades de aquellos, que al frente del enemigo disponen de cualquier modo de sus cosas, y allí les llega su último día"; y esta disposición se extendió a todos aquellos que estuvieran expuestos a -- los mismos peligros, como marineros, centinelas, jueces castrenses, etc., quienes solo necesitaron manifestar su voluntad ante dos testigos, y no por solemnidad sino por prueba.

Todos estos testamentos han sido llamados por la doctrina y aún en algunos cuerpos de leyes "menos solemnes", pero se engañan -- mucho quienes así clasifican, pues, como hemos anotado, la presencia de la muerte es la máxima solemnidad que puede recubrir una manifestación de voluntad. De los así llamados existe también el testamento hecho en tiempos de peste y hubo otro que se presentaba directamente al príncipe o al juez.

5.5.8. CONTRATOS

Pasemos ahora al estudio de las solemnidades en materia contra

tual. Ya hemos dicho que entre los romanos el modo normal para obligarse era la estipulación, que suponía, en principio, el empleo de fórmulas consagradas que exigían siempre, al menos teóricamente, una pregunta y una respuesta hechas por dos personas en presencia la una de la otra:

Las transformaciones de la estipulación nos llevan al sistema de contrato literal. En efecto, los antiguos no se reducían a emplear la estipulación para obligarse, tenían cuidado, además, de redactar un escrito (-cautio), que les servía de prueba, y al fin del cual se mencionaba que la estipulación había sido hecha - "stipulatione interposita". Con frecuencia no era más que una ficción escrita, las palabras de la estipulación no habían sido pronunciadas, pero eso era suficiente para hacer la prueba (40).

Aún cuando no se pronunciara la fórmula solemne ésta debía constar en el escrito y no era posible omitirla, pues ya dijimos -- que esto era lo que obligaba a los antiguos, la palabra empeñada en la forma precisa e imperativa, aunque pudiera pensarse, - como de hecho ocurrió, que dejó de usarse posteriormente; al -- efecto manifiesta Margadant que la estipulación era un contrato oral solemne, perfeccionado mediante una interrogación por parte del acreedor, seguida de una respuesta afirmativa por parte del deudor, que debía concordar exactamente con la interroga--

ción y que el documento escrito que al efecto se redactaba era originalmente solo una pieza probatoria del contrato, pero que en la práctica posterior de confirmar mediante una breve stipulatio el contenido de un contrato escrito, de antemano preparado, el instrumento llegaba a ser considerado como el verdadero contrato mientras que la declaración oral se convertía en un -- apéndice solemne de este contrato (41).

Existiendo duda sobre este punto es conveniente mencionar que -- los romanos distinguían entre pactos y contratos y eran éstos -- últimos los que obligaban puesto que en ellos estaba empeñada -- la palabra y no en el escrito; veamos lo que nos dice Heineccio a este respecto:

... pues para que los hombres no anduviesen perple--
jos y cavilosos, establecieron los romanos que la --
confianza de los ciudadanos se fundase, no en los --
pactos, sino en los contratos; que es lo mismo que --
decir, que para que los hombres no pudieran alegar --
que no habían consentido seriamente, introdujeron la
estipulación solemne, mediante la cual naciese plena
obligación. Expresó Merilio que del simple pacto no--
resultaba acción entre los ciudadanos romanos, por--
que ellos habían obligado la palabra en los contra--
tos de los negocios, no en los pactos puros; y así --
es que no habían fijado fórmula alguna en que se ha-

blase de los simples pactos, cuando por el contrario su manera vulgar de quedar obligados, se hacía por medio de una estipulación expresada con ciertas palabras determinadas. Y si la omitían los que pactaban, se creía que lo habían hecho, mas bien por divertirse que para obligarse (42).

Así pues, la estipulación o declaración solemne de la voluntad era el fundamento común de todos los negocios, de aquí es que ni por acaso se celebraba ningún contrato sin que mediase estipulación. Requería este acto jurídico del consentimiento de los contrayentes mediante conformidad entre la respuesta y la pregunta, con palabras proferidas de viva voz y estando uno y otro presentes; así, al ¿afianzas? correspondía el ¡afianzo!; al ¿mandas?, ¡mando!. De lo contrario la estipulación era inútil.

Afirma Planiol que el Derecho romano consideraba que no podía haber contrato sin un elemento material y formalista que los jurisconsultos daban como la fuente de la obligación; analizaban sin duda el consentimiento en los contratos, pero no era suficiente el consentimiento para formar el contrato porque este sólo podía formarse con las palabras solemnes; que las partes tenían cuidado, a falta de testigos, de redactar un escrito, para hacer constar que la estipulación había tenido lugar "... si bien, a la larga, uno termina por contentarse con lo escrito, no sin alguna confusión entre su valor probatorio y su valor --

creador" (43).

6.- LA INFLUENCIA DEL DERECHO CANONICO.

En los tiempos que aquí estudiamos, los funcionarios eclesiásticos, abades de los monasterios y obispos, desempeñaron un gran papel político; figuraban siempre dentro del número de las altas personalidades; tomaban parte en todas las asambleas al lado de los funcionarios civiles; la unión de la iglesia y el Estado era de tal manera íntima que muchos concilios se encuentran llenos de disposiciones relativas al poder temporal. Lo importante de ello se hace consistir en que la iglesia aceptó el Derecho romano y lo difundió en la Europa Occidental, aún a países que no son considerados dentro de la familia de Derecho romano-germánica: "Con el cristianismo penetraban en Inglaterra - el latín, y aún el griego, el Derecho romano, base del Derecho canónico, y las escuelas episcopales... El cristianismo venía a representar el continuador del Imperio, el propagador de la civilización romana, que no era sino la forma occidental de la cultura grecoriental" (44).

7.- ROMANIZACION JURIDICA DE LA EUROPA UNIVERSITARIA.

En opinión de René David, durante la Edad Media deja de existir el reinado del Derecho y tanto los particulares como los grupos sociales resuelven sus litigios de acuerdo con la ley del más -

fuerte o por la autoridad arbitraria de un jefe común (45), sin embargo, Cervantes es de otro parecer:

Se ha pretendido que en virtud del Renacimiento comenzaron a conocerse los textos del Derecho romano que - siglos atrás habían quedado completamente abandonados, pero no es completamente exacto, pues nunca el Derecho romano dejó de aplicarse en mayor o menor intensidad en toda Europa a través de la Edad Media (46).

Atendiendo a Collantes, resulta que el cuerpo del Derecho justiniano fue recibido inmediatamente en Oriente, no solo en los - tribunales sino en las escuelas de Jurisprudencia, y como los - jueces y los profesores solo conocían medianamente la lengua latina, pronto hubo que traducirlo al griego, siendo Teófilo - -- quien primeramente publicó La Instituta en este nuevo idioma. - Después Talaleo tradujo las Basílicas y hubo también versiones de Las Novelas, traducciones que rigen hasta el siglo IX, dado que en el año de 838 fueron compendiadas por orden de los emperadores de Constantinopla. Las Basílicas, no obstante, se observaron en todo el Oriente, como lo acredita la multitud de obras de jurisprudencia escritas en griego desde el siglo IX hasta el XIV, en las que dicho Código está citado y comentado; su autoridad no cesó hasta 1435, en cuyo tiempo, la toma de Constantinopla por los turcos acabó con el Imperio de Oriente (47).

Lo cierto es que frente al Derecho feudal local existía un Derecho que se ofrecía al estudio y a la admiración de todos, profesores y estudiantes; este Derecho era el romano, y Santo Tomás de Aquino, a principios del siglo XIII, destruye la barrera religiosa que lo separaba de la nueva Europa:

En todas las universidades europeas la base de las enseñanzas jurídicas estará constituida, a partir de entonces, por el Derecho romano, asistido del Derecho canónico. Así ocurre tanto en los países del continente europeo como en las islas británicas o en los países escandinavos; en las universidades solo se enseña el Derecho romano y el Derecho canónico (48).

Durante el Renacimiento, cuya cuna fue Italia, como cuna fue -- también del Derecho romano, se inicia en la Universidad de Bolonia la Escuela de los Glosadores, cuyo punto de vista fue el comentario o glosa de los textos del Derecho romano y se da el -- apogeo en el campo de la doctrina jurídica. Esta corriente nace con Irnerio quien es el primero en glosar los textos; el último va a ser Accursio, en el año de 1260. Se dice que Bartolo Saxoferrato escribió extensos comentarios sobre La Instituta y los -- textos de Ulpiano y de Paulo, en Francia.

Collantes afirma, por su parte, que el Derecho romano se enseñó en todas las universidades de Europa, y que paulatinamente fue-

ron atestándolo de notas una multitud de doctores, cuyos trabajos aprovechó Acurcio quien los reunió en una sola glosa y después, en el siglo XIV, Bartolo, Baldo, Tartañó, Saliceto, Pablo de Castro y otros, comentaron con mas orden y extensión estos textos.

Dionisio Gotofredo en 1583 publicó una edición del -- cuerpo del Derecho que forma época, pues su texto fue adoptado por lección común en las universidades y tribunales. Por separado lo adornó y adicionó con notas que son una obra maestra de ciencia, de crítica, de precisión y de elegancia; por cuyo motivo mereció ser llamado por D'Aguesseau "El más docto y profundo de todos los intérpretes de las leyes civiles" (49).

Pothier trabaja después este mismo Derecho, comenta las leyes romanas y las pone en orden, pero Heineccio o Einecken, lleva más adelante esta tarea y nos ofrece un trabajo encadenado con axiomas, cuyos eslabones nos permiten una cabal comprensión en su exactitud y orden.

Llegamos por fin al Código Napoleón, el cuerpo de leyes civiles que sirvió de modelo al mundo. Cuando se formula, es claro que el Derecho romano era ampliamente conocido y aplicado en Francia, aún cuando la Revolución había detenido la marcha de las escuelas de Derecho; tan clara fue la influencia en este Código

por parte del Derecho de Roma, que "... el Tribunado se oponía a aprobar el proyecto por considerarlo como una simple copia -- servil del Derecho romano y de las antiguas costumbres..." (50). Pero Napoleón era demasiado grande para aquel tribunado y, finalmente, vio aprobada y publicada su obra de codificación civil en 1804.

* * * * *

* * * *

* * *

* *

*

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO II

- 1 Planiol, Marcel, "Traité Elémentaire de Droit Civil", Ed. Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Sixième-édition, Tome deuxième, Paris, 1912, p. 324.
- 2 Colagrosso, Enrico, "Teoría Generale delle Obbligazioni e dei Contratti", Ed. Casa Stamperia Nazionale, Seconda edizione, riveduta e ampliata, Roma, 1948, p.218.
- 3 Salamanca, Hernán, "Derecho Civil, Curso IV, Contratos", Ed. - Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1983 p. 8.
- 4 Pérez Duarte, Alicia, "Diccionario Jurídico Mexicano", Ed. Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1984.
- 5 Galindo Garfias, Ignacio, "Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Personas y Familia", Ed. Porrúa, México, - - 1983, p. 237.
- 6 Arredondo Muñozledo, Benjamín, "¿Qué es el hombre? Introducción al Estudio de las Ciencias Sociales", Ed. Porrúa Hnos. y Cía, México, 1972, pp. 137-138.

7 Cervantes, Javier de, "La Tradición Jurídica de Occidente", --
Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Antología de los Apuntes del Profesor Javier de Cervantes preparada por Ma. del Refugio González y José Luis Soberanes, México, 1972, p. 17.

8 Ibid., pp. 17-18

9 Coulanges, Fustel de, "La Ciudad Antigua, Estudio Sobre el --
Culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma", Traductor José Manuel Villaluz, Ed. Porrúa, México, 1980, p. 2.

10 Cervantes, Ob. Cit., p. 16

11 Pirenne, Jacques, "Historia Universal, Las Grandes Corrientes de la Historia", Traducción española de Julio López-Oliván, José Plá y Manuel Tamayo, Tomo I, Ed. Exito, Barcelona, 1972, p. 7.

12 Ibid.

13 Ibid.

14 Coulanges, Ob. Cit., p. 130

15 Citado por Coulanges, Ob. Cit., p. 130.

16 Coulanges, Ob. Cit., p. 140.

17 Citado por Coulanges, Ob. Cit., p. 181.

18 Ibid., p. 237.

19 Cervantes, Ob. Cit., p. 53.

20 Cfr. Heineccio, J. Gottlieb, "Recitaciones del Derecho Civil-
Según el Orden de La Instituta", Traductor --
Luis de Collantes, Tomo Primero, Ed. Univer-
sidad Juárez del Estado de Durango/Instituto
de Investigaciones Jurídicas, Edición Modifi-
cada, Adaptada y Actualizada por Velia Patri-
cia Barragán de la editada en París en 1988,
Durango, México, 1990, pp. 15 y Sigs.

21 Coulanges, Ob. Cit., p. 245.

22 Cervantes, Ob. Cit., p. 76.

23 Heineccio, Ob. Cit., Tomo Segundo, p. 248.

24 Ibid.

25 Ibid., p. 465.

26 Margadant S. Guillermo Floris, "El Derecho Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea", Ed. - Esfinge, México, 1983, p. 467.

27 Heineccio, Ob. Cit., Tomo Segundo, p. 466.

28 Ibid., p. 467.

29 Mazeaud, Henry, León y Jean, "Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda", Traductor Luis Alaclá-Zamora, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969, pp.- 32 y 56.

30 Coulanges, Ob. Cit., p. 144.

31 Cervantes, Ob. Cit., p. 77

32 Ibid., p. 79.

33 Ibid.

34 Citado por Luis de Collantes, en Heineccio, Ob. Cit., Tomo - Primero, p. 44.

35 Pirenne, Ob. Cit., p. 417.

36 Ibid., p. 428.

37 Ibid., p. 429.

38 Pirenne, Ob. Cit., p. 449.

39 Cfr. Heineccio, Ob. Cit., pp. 151 a 493.

40 Planiol, Ob. Cit., p. 325.

41 "Enciclopedia Jurídica OMEBA", Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo XXV, Buenos Aires, 1967.

42 Heineccio, Ob. Cit., Tomo Segundo, pp. 353-354.

43 Planiol, Marcel, "Traité Elémentaire de Droit Civil", Tome Deuxième, Revu et complété per Georges Ripert avec le Concours de Jean Boulanger, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1947, p. 15.

44 Pirenne, Ob. Cit., pp. 457-458.

45 David, René, "Evolución de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos", Ed. Aguilar, Barcelona, 1958, p. 26.

46 Cervantes, Ob. Cit., p. 109.

47 Collantes, en Heineccio, Ob. Cit., p. 43.

48 David, Ob. Cit., p. 30.

49 Collantes, en Heineccio, Ob. Cit., pp. 47-48.

50 Cervantes, Ob. Cit., p. 196.

CAPITULO III
RECEPCION DE LAS SOLEMNIDADES EN EL DERECHO
EUROPEO Y AMERICANO

1.- EL DERECHO CANONICO.

Fundidos durante siglos iglesia y Estado, aquélla creó y se ocupó de los registros del estado civil de las personas; en efecto, la iglesia católica se encargaba de registrar nacimientos, matrimonios, defunciones, daba el testimonio de esos actos e instruía los expedientes, actividades que no interesaban entonces al Estado.

Siendo el origen de las solemnidades de carácter religioso, no es raro que el Derecho Canónico, su continuador, haya sido y sea el Derecho solemne por excelencia, y sus actos, revestidos de fórmulas y simbolismos, dan la apariencia aún de cosas mágicas y compromisos ultraterrenos; mientras el Derecho civil se desmitificaba, el canónico era cargado de fórmulas incomprensibles que es importante citar aquí por sus repercusiones en las legislaciones laicas posteriores; así, por ejemplo, en el cánón 737 de la legislación de Benedicto Obispo se lee lo siguiente:

El bautismo, puerta y fundamento de los sacramentos, y cuya recepción de hecho o por lo menos con el deseo, es necesario a todos para salvarse, solo se confiere -

válidamente por la ablución hecha con agua verdadera y natural, acompañada de la forma verbal prescrita -- (1).

La iglesia católica, al igual que en Roma, continuó distinguiendo entre actos solemnes y actos privados; así, el bautismo conferido tan solo con agua verdadera y natural, "En el nombre del Padre y del Hijo y del Espíritu Santo", no fue considerado solemne, a pesar de la fórmula rigurosa, sino que debía otorgarse guardando los ritos y ceremonias introducidos por la propia -- iglesia, dentro de los que ocupaba lugar destacado la presencia del ministro del acto.

Durante los primeros siglos del cristianismo, fueron los obispos los encargados de aplicar el bautismo, pero al extenderse -- considerablemente esta religión, tal actividad fue delegada en los sacerdotes y se entiende ahora como una función pastoral reservada al párroco y, subsidiariamente, al diácono.

El bautismo privado se denominó precisamente "privado", no porque se ejecutara en forma secreta o confidencial, sino porque -- no intervenía en él persona alguna investida de autoridad eclesiástica, toda vez que el ministro de este acto podía serlo, en presencia de la muerte, cualesquier persona, hombre o mujer, y -- aún los herejes, y como prueba dos testigos o al menos uno. También la iglesia quitaba a la muerte su carácter solemne para --

arrogarlo a los ministros del culto. El Doctor Angélico, al señalar las ventajas del bautismo solemne, fijó el rol de las solemnidades en el Derecho Canónico:

A.- Excita en los fieles la devoción y reverencia hacia el sacramento;

B.- Instruye, por medios sensibles, sobre el gran acontecimiento que en aquellos instantes tiene lugar, y

C.- Impide que las fuerzas diabólicas estorben la fructífera recepción del mismo (2).

El matrimonio, al igual que el bautismo, podía ser solemne u ordinario, y no solemne o extraordinario; el primero se celebraba ante el párroco, el ordinario o un sacerdote delegado por uno u otro, ante dos testigos, con la bendición solemne y la fórmula verbal prescrita por la iglesia; de no ser así, el matrimonio se consideraba inválido, al tenor de los cánones 1094 y 1148. - El segundo, es decir, el matrimonio no solemne, no requirió sino de dos testigos y el peligro de muerte, según disposición -- del canon 1098 de la misma legislación.

Desde los primeros siglos del cristianismo, la iglesia prescribió formas para la celebración de los matrimonios de los católicos y prohibió los matrimonios de Derecho civil, pero es hasta el siglo XVI, en el Concilio de Trento en que se dictan normas para el establecimiento de la forma jurídica necesaria para la-

validez, consistente en la celebración del acto ante el párroco propio y dos testigos. Los matrimonios celebrados de otra manera fueron sancionados duramente con un impedimento llamado de "clandestinidad" (3); así se arrogaba la iglesia católica, en forma exclusiva, la autoridad sobre estos actos, arrancándolos, durante muchos siglos, del privilegio estatal. Legisló luego la iglesia en materia de impedimentos creando la división bipartita de impedimentos-impedientes e impedimentos-dirimentes, que después serían traspolados a las legislaciones civiles del mundo romano-canónico-germánico.

El matrimonio eclesiástico llegó a ser, de esta manera, el único al que se acudía, pretendiéndole dársele pleno valor no solo divino, sino jurídico y social. Posteriormente, los Estados tendrían que luchar por arrancarle este privilegio a la religión e imponer la preponderancia del acto civil.

Otra aportación muy importante del Derecho canónico, lo fue el principio del consensualismo contractual, porque dijimos ya que las antiguas religiones crearon los pactos solemnes, en tanto que la iglesia católica puso fin a esta forma de contratar e impuso el principio: "nudo pacto actio nascitur", que sería, también, retomado por un sinnúmero de culturas jurídicas de diversas latitudes.

2.- ALEMANIA

No obstante ser anterior el Código Napoleón, vamos a referirnos antes al Derecho civil alemán, toda vez que este pueblo impresionó fuertemente los usos romanos.

El Derecho romano entró en Alemania en alas de la llamada "Recepción" y ha ejercido una fuerte influencia en el desarrollo del Derecho civil alemán a través de los siglos hasta el mismo Bürgerliches Gesetzbuch (4).

Nos dice Von Thur, que los alemanes penetran en la historia como un conjunto numeroso de pueblos cuya unidad política se realiza fatigosa y pesadamente durante la Edad Media, pero pronto se desmenuza nuevamente en estados grandes y pequeños, hasta -- llegar a la unidad del Reich alemán en el presente siglo. En -- cuanto a los derechos originarios de la raza, estos se disuelven por desarrollo centrífugo del Derecho consuetudinario, en -- innumerables órdenes jurídicos locales que a menudo tienen jurisdicción mínima. Sobreviene luego el Derecho romano llevado -- por el Renacimiento y afectando en forma extraordinaria la vida espiritual alemana; fue un Derecho que llegó a constituir la base común de la ciencia jurídica y que habría de impresionar profundamente la primera ley civil de 1848 (5).

No se pretende decir que el Derecho romano haya sido recogido -- en forma servil; al menos, todos los pueblos que lo tomaron como modelo, afirman haber hecho grandes aportaciones además de --

la complementación hecha de aquél con los propios, pero como -- quiera que haya sido resulta evidente que en materia de solemnidades prevaleció el criterio de Roma. Así, son no formales o no solemnes los negocios celebrados entre y ante particulares y -- sin fórmulas verbales, en tanto que los otros al precisar de la intervención de una autoridad pública son considerados solemnes o formales.

Los principios sobre la solemnidad de los negocios, algunas veces requerida para la validez del contrato, se encuentra contenida en los artículos 125 a 129 del Código Civil Alemán. De conformidad con este articulado, el derecho alemán impone el empleo de formalidades o solemnidades consistentes en la forma escrita judicial o notarial para algunos contratos muy importantes, complicados o raros, como pueden ser la fianza, la donación, la compraventa de bienes raíces y el arrendamiento a largo plazo. Se advierte desde luego la tradición romanista que considera solemne todo acto en el que deba intervenir persona revestida de autoridad pública, como son los jueces y los notarios.

La validez del negocio depende del cumplimiento de la forma, y la violación de dicha forma anula por completo el contrato; no obstante la falta de solemnidad puede subsanarse por el cumplimiento real, por ejemplo, la tradición efectuada de la finca o por la entrega del dinero al obsequiado en la donación y en la fianza.

2.1. EL REGISTRO DEL CONSERVADOR.

Vamos a referirnos ahora a una institución muy importante que ha tenido su origen en Alemania, denominada Registro del Conservador. Para la compra venta de inmuebles es una solemnidad la inscripción de la finca en el Registro del Conservador, solicitada de común acuerdo por las partes; estas disposiciones tienen hondas raíces en el Derecho alemán:

La historia del registro inmobiliario merece especial atención, pues se trata en ella de un pedazo del auténtico ser de Alemania, ya que el registro inmobiliario fue desconocido para los romanos. Aún hoy todavía el sistema registral alemán es el mas pensado y el más firme entre todos los del mundo (6).

Nos explica Hedemann que la recepción en Alemania del Derecho romano, estorbó, temporalmente, al ulterior desarrollo y a la difusión del sistema del registro inmobiliario; tales aparatos registrales eran totalmente ajenos a la concepción jurídica de los romanos, ante ella, la transmisión de los inmuebles se perfeccionaba por virtud de la mera "traditio", igual que la de los muebles. Así, los juristas académicos alemanes pensaron que, como en todo, también en el derecho de inmuebles el concepto romano de las cosas era el único verdadero, con eso pararon en seco en algunas materias el progreso del sistema alemán de regis-

tros (7).

En Alemania, como anteriormente en Roma, al principio la entrega se operaba sobre los inmuebles en forma solemne y ante testigos, después, el acto solemne salió de los negocios estrictamente privados o entre particulares y fue llevado al tribunal o -- ayuntamiento de las ciudades alemanas que comenzaban a florecer. Se empiezan luego a redactar documentos oficiales dotados de -- fuerza probatoria plena que eran entregados a las partes. A partir del siglo XII se comienzan a asentar los negocios sobre inmuebles en libros oficiales; el más importante de estos registros fue el de los libros de Colonia, redactados de 1135 a 1142.

La inscripción en estos libros fue elevándose al rango de un acto creador de derechos, en forma tal, que una transmisión de -- propiedad sin inscripción no era una verdadera transmisión, naciendo de esta manera el "principio de inscripción", que era un acto bien solemne porque exigía, además, la presencia simultánea de ambas partes, frente a frente, en la oficina del registro.

2.2. FORMALISMO Y CONSENSUALISMO.

Regresando a la época de las invasiones germanas, se dice que -- los bárbaros no conocían mas que algunos contratos muy formalistas que se perfeccionaban con la "palmada", además que consiste

en colocar la mano entre las del otro contratante, significando con ello que el deudor quedaba bajo el dominio del acreedor.

Adoptaron estos pueblos las reglas romanas formalistas pero el consensualismo canónico se impondría poco a poco; dijimos anteriormente que fue en el Derecho religioso antiguo en donde se originó la "sponsio", que era un compromiso bajo juramento prestado ante la divinidad con formas y con palabras solemnes, pero que luego el Derecho canónico impuso el principio: "nudo pacto actio nascitur" (del nudo pacto nace acción), con lo que desaparece, aparentemente, el formalismo y se establece el contrato como instrumento abstracto y categoría jurídica. No obstante admitirse modernamente el principio del consensualismo, para todos los actos jurídicos más relevantes se acude al formalismo.

2.3. EL MATRIMONIO.

Por ley del 6 de febrero de 1875, se introdujo en Alemania el matrimonio civil obligatorio, pero a pesar de ello el artículo 1588 del Código Civil Alemán conserva la intangibilidad de las obligaciones religiosas internas por la legislación de Estado (8); este cuerpo de leyes traspoló el Derecho eclesiástico sobre los impedimentos y nulidades del matrimonio, sustituye el rito solemne religioso por el rito solemne civil siguiendo, evidentemente, el modelo francés al que habremos de referirnos más adelante, al hablar de este país.

2.4. TESTAMENTOS.

En cuanto a los testamentos, siguiendo la clasificación romana se distinguen dos clases: el testamento solemne otorgado ante autoridad pública y protocolizado debidamente, y el testamento privado o menos solemne, dentro del que se distinguen el ológrafo, el marítimo y el otorgado en tiempos de peste; excepcionalmente se habla de testamentos extraordinarios. Las solemnidades de los testamentos ordinarios se hacen consistir en lo siguiente:

A.- Unidad del acto;

B.- Deben otorgarse ante un juez o un notario;

C.- Deben asistir al juez un escribano y dos testigos; o al notario otro notario y dos testigos;

D.- Voluntad declarada en forma verbal o entregando la escritura con la declaración solemne de que aquel documento contiene su voluntad;

E.- Lectura del documento en voz alta y en presencia de todos los que hayan intervenido, y

F.- El acta redactada y sellada es tomada en custodia oficial, entregándose un certificado al testador.

El testamento privado u ológrafo consiste en una declaración escrita y firmada de puño y letra por el testador, con indicación del lugar y de la fecha; no se considera solemne porque es un -

acto ejecutado en forma simple entre particulares.

Como testamentos extraordinarios se reconocen, primeramente los verbales otorgados y protocolizados ante el alcalde o jefe de la población, con asistencia de dos testigos, y cuando se trate de un enfermo grave, de manera que haya temor de que muera sin poder dictar su testamento ante un juez o un notario. En los casos de epidemia o de otras circunstancias extraordinarias, es válido testar en forma verbal, ante tres testigos, levantándose un acta al respecto. El testamento marítimo se hace en forma verbal, igualmente ante tres testigos, cuando el buque no pertenece a la marina del Estado alemán y se halla fuera de puerto nacional; y para el otorgamiento de un testamento militar en tiempo de paz o de guerra, hay normas especiales pero que están establecidas fuera del Código Civil Alemán.

3.- PRANCIA

Respecto del Derecho de Las Galias, refiere Laurent que el antiguo régimen, a pesar del poder absoluto de los reyes, era un régimen de diversidad. No había en él unidad mas que en la persona del monarca. Las diversas provincias habían sido antes estados independientes que tenían sus instituciones particulares, sus costumbres y sus leyes. A medida que eran incorporados al dominio de la corona, estipulaban la conservación de su Derecho "...a falta de libertad política, los pueblos estaban adheridos

a sus costumbres tradicionales como a privilegios (9).

Bajo este régimen el catolicismo fue, como en muchos otros Estados, la religión del Estado francés, y sus dogmas, en consecuencia, eran considerados leyes fundamentales, dándose una aparente fusión entre el orden civil y el orden religioso, y decimos aparente porque en realidad lo que existía era la dominación de un solo culto: el catolicismo que encadenaba al legislador a la iglesia.

De aquí la intolerancia civil de la monarquía francesa y la iniqua legislación contra los protestantes, por la que millares de franceses estaban privados de estado civil, no teniendo ni nacimiento, ni matrimonio, ni defunción legales, a no ser que faltaran a sus creencias y acogieran aquella religión que así dominaba, pero "¡Cómo pensar en secularizar las leyes en los tiempos en que la iglesia estaba unida al Estado y en que la unión del trono y el altar era considerada como el fundamento de la monarquía! Necesitábase una tempestad que arrollara al trono con la iglesia, su aliada" (10). Es de señalarse que no podía ser de otra manera pues la iglesia católica se imponía por medio de la fuerza y del terror:

Un decreto del Parlamento de Burdeos de 21 de mayo de 1749, ordenó a cuarenta y seis personas casadas (ante ministros de la religión protestante) que se separa--

sen, prohibiéndoles tratarse, so pena de ejemplar castigo; los mancilló declarando concubinato su cohabitación y bastardos a sus hijos. Otro decreto de la misma Corte sentenció a los hombres a galeras y a las mujeres a ser rapadas y encerradas en un hospital. al que sería aplicado su dote, y ordenó que los certificados de los ministros fuesen quemados por el ejecutor de alta justicia (11).

Llegamos a las postrimerías del siglo XVIII, época en que se gesta una de las epopeyas mas trascendentales para la vida de la Francia moderna y contemporánea. La Revolución Francesa encontró en poder de la iglesia católica los registros del estado civil; abominando de los excesos y arbitrariedades cometidos por el clero católico, mediante las leyes revolucionarias se quitó a los ministros de este culto la facultad para redactar las actas del estado civil de los franceses, la que fue conferida a oficiales públicos. La importancia del problema se advierte al haberse elevado a rango constitucional, cuando en el artículo 109 de la Constitución francesa se ordena que "La redacción de las actas del estado civil y la conservación de los registros es exclusivamente de las atribuciones de las autoridades municipales".

Para el nuevo orden jurídico que tendría que redactarse, se sabía el papel considerable que representaba en la historia de la

codificación la división de la antigua Francia en país de Derecho escrito y en país de Derecho no escrito. En los primeros se seguía el Derecho romano, en los otros las costumbres de origen germánico. Afirma Laurent que cuando la caída del Imperio, el Derecho romano era el Derecho de Las Galias; se mantenía como fuere en las provincias del mediodía, tal como existía antes de Justiniano, esto es, regían el Código Teodosiano y los escritos de los jurisconsultos. Al parecer, el Digesto penetra en Las Galias hacia el siglo XI, luego, bajo la influencia de la Escuela de Bolonia, comienzan a divulgarse en Francia las compilaciones de Justiniano, reemplazándose el Derecho anterior en la práctica judicial. Al efecto, aclara Laurent, con una expresión muy hermosa, que:

A pesar de que las leyes romanas fueron seguidas en los países de Derecho escrito, forzoso es no aceptar la creencia de que se observaba en ellos el Derecho de Roma en todo su rigor. Se conservaba allí a título de privilegio mas bien que a título de ley y el privilegio sufre necesariamente la influencia de las costumbres y las ideas. El cristianismo y la invasión de los bárbaros inauguraron una nueva era; cambiando la civilización, no podía permanecer el mismo Derecho. Resultó de esto que el rigor romano fue modificado por la equidad germánica. Es el Derecho romano así alterado, mejor diremos, así corregido, el que pasó a nuestro

Código... si nuestra legislación civil es inferior al Derecho de Roma como obra científica, tiene en sí el espíritu de equidad que reina en él: es la herencia - de nuestros antepasados, los germanos (12).

Es el Derecho francés, así, síntesis de lo romano y lo germano-
plasmado en el Código Napoleón, que fue la ley del inmenso impe-
rio que luego retroalimentó a los germanos, pues es bien sabido
que se introdujo en la mayor parte de los pequeños Estados de -
Alemania y en el Gran Ducado de Varsovia, aún cuando "Después -
de la caída de la dominación francesa, los alemanes desecharon,
quizá con demasiado apresuramiento, un código que parecía habér-
seles impuesto; pero en realidad era la expresión de las costum-
bres germánicas" (13).

Si bien, las costumbres germanas impresionaron el Derecho fran-
ces, la cientificidad romana es indiscutible; expresó Portalis-
que: "... los filósofos de Roma son aún los legisladores del gé-
nero humano... Roma, que sometió a la Europa por medio de las -
armas, la civilizó con sus leyes" (14).

Es importante conocer estos desarrollos para determinar cuál --
sea el rol de cada una de las solemnidades impuestas a los ac--
tos del estado civil y del Derecho familiar en general, pues --
cuando el clero comenzó a redactar actas de nacimiento y defun-
ción, no lo hizo con el objeto de comprobar el estado civil de

los individuos, sino que veía a los intereses muy particulares de la iglesia; mas esto sería aprovechado por el legislador laico como medio de prueba. En efecto, la Ordenanza de Blois de mayo de 1579 mandó que se hiciera uso de los registros de bautismos, matrimonios y defunciones llevados por la iglesia, para probar judicialmente tales actos, y esto ocurría mucho antes de la Revolución.

3.1. EL REGISTRO CIVIL.

Ya en el período posrevolucionario, la Asamblea Constituyente declaró que el Poder Legislativo establecería para todos los habitantes, sin distinción, la manera de hacer constar los matrimonios, nacimientos y defunciones, y designaría los oficiales públicos que debían levantar y conservar las actas; así se lee en el Título II, artículo 7^o de la Constitución de 1791.

Es en Francia en donde nace la institución del Registro Civil de las personas y se crean los oficiales públicos de ella, aunque en un principio, como la ignorancia era tan general, no fue posible hallar personas aptas para estas funciones y fueron los ayuntamientos los encargados de la redacción de las actas; no obstante, el Código Napoleón se encargó de reglamentar todo lo relativo a dichas instituciones que serían modelo para el mundo; su rol: solemnidades probatorias "... las actas del estado civil justifican simplemente hechos... ¿Para qué ha establecido -

la ley oficiales encargados de levantar las actas del estado civil? Precisamente para que los ciudadanos tuviesen pruebas auténticas de su estado" (15).

El registro lleva, pues, en el nombre, la naturaleza: registro. Así, cuando se dice que un matrimonio se celebró por el Oficial del Registro Civil, se yerra mucho, debiera decirse que el matrimonio se registró, mediando la solemne ceremonia de la que el Oficial respectivo es parte sustancial, como fedatario, por disposición de la ley.

3.2. INFLUENCIA DEL DERECHO CANONICO EN EL CODIGO CIVIL FRANCES

Pero mientras para los nacimientos y defunciones la única formalidad consiste en el registro de tales hechos en los libros respectivos, para el matrimonio estableció el Código civil de 1804 además de la solemnidad probationis causa, las solemnidades solemnitatis causa para dar ampulosidad al acto, o como diría el Doctor Angélico, instruir por medios sensibles sobre el gran acontecimiento que en aquellos instantes tiene lugar. Así, se hizo necesario comparecer ante notario para la redacción de una minuta, expresar de viva voz el consentimiento en presencia del oficial público, la solemne declaración oficial de quedar unidos en nombre de la ley y de la sociedad, etc.

Además, el artículo 63 del citado Código, expresa que "Antes de

la celebración del matrimonio, el oficial del Registro Civil hará dos publicaciones con ocho días de intervalo, en domingo, al frente de la casa municipal". Tal publicación es un anuncio del matrimonio y en realidad, sustituye, desde el punto de vista -- del Derecho, las amonestaciones publicadas antes de la plática- de la misa mayor.

El matrimonio se celebra públicamente (Art. 165), abiertas las- puertas, de manera que el público pueda asistir a la celebra- - ción, es decir, igual que un acto religioso al que puede concu- rrir todo interesado en el culto.

Resulta entonces que el Derecho francés, vía Registro Civil, tomó demasiado del Derecho canónico, o mejor dicho, tomó todo, para legislar sobre el matrimonio, a grado tal que copió aún los- excesos que tanto repudiaron los revolucionarios, creando un régimen tan discriminatorio como el católico. ¿Porqué decimos es- to? Vimos ya que para el clero católico solo eran válidos los - matrimonios celebrados por sus ministros, en tanto que las unio- nes de Derecho civil y de otras religiones eran sancionadas con el vicio de clandestinidad, llamados concubinatos y bastardos - los hijos habidos de tales uniones; pues bien, el Estado hizo - otro tanto y, en reciprocidad, los matrimonios efectuados ante- la iglesia católica y ante cualquier otra iglesia, no tienen -- ningún valor legal y dan a los contrayentes la calidad de concu- binos.

Al parecer, tanto iglesia como Estado olvidaron bien pronto que era el consentimiento (mas la dote) lo que hacía las nupcias y no un funcionario público o una entidad determinada, y así en Francia como en todos los países en que la separación iglesia--Estado fue radical, los efectos de tal divorcio fueron definitivos; tal era el requerimiento del momento histórico. De aquí -- que disentamos de Planiol cuando afirma que "Para el matrimonio, el carácter solemne es una producción de Derecho moderno y anticipadamente de la ley civil. En la pura teoría de la iglesia, - el sacerdote bendice la unión de los esposos; pero es el consentimiento el que forma el matrimonio. El matrimonio ha sido, entonces, durante largos siglos un contrato no solemne" (16). Creemos que no fue la ley civil la que introdujo las solemnidades, - antes bien, ha quedado anotado que ha sido la religión de todos los tiempos, pues en todo tiempo y en cada religión se prevén rituales solemnísimos para el matrimonio y en el caso que nos ocupa la legislación de Estado imitó las solemnidades de la - - iglesia católica. Conviene recordar que en el Derecho romano no se prescribían solemnidades para el matrimonio, el simple consentimiento hacía las nupcias, si bien, los contrayentes observaban los ceremoniales familiares y los propios de la religión-ancestral, pues cada solemnidad tenía un significado relacionado con la prosperidad, la fertilidad y los buenos augurios para aquel matrimonio.

Volviendo a la doctrina francesa acerca del matrimonio, esta

ha establecido que "... el matrimonio existe antes de que se redacte el acta; esta no es mas que un requisito para la prueba; - pues bien, si esta prueba no existe, el Estado ha considerado - que el matrimonio es nulo" (17). Quizá ya sea urgente reflexionar en este punto y considerar la conveniencia de abandonar resabios pensando siempre en el bienestar social. Si bien, Napoleón se pronunció por el matrimonio eclesiástico previo al civil, porque según sus creencias, implicando unión de almas debía contraerse en presencia de Dios e insistió, en que si solo se trataba de hacer constar el matrimonio, bastaría emplear el ministerio de un notario; mas un contrato que establece una nueva familia debe celebrarse con solemnidades diversas; esta inclinación napoleónica hacia lo religioso permitió traspolar el ritual católico al Código Civil francés.

El artículo 195 de este cuerpo de leyes dice que: "La posesión de estado no podrá dispensar a los pretendidos esposos que la invoquen, respectivamente, de representar el acto de celebración del matrimonio ante el oficial del estado civil", y el 197 dulcifica o humaniza esta disposición, pues manda que "Si no obstante, en el caso de los artículos 194 y 195, hay hijos nacidos de dos individuos que han vivido públicamente como marido y mujer, y que ambos hayan fallecido, la legitimidad de los hijos no puede ser negada bajo el solo pretexto de falta de presentación del acto de la celebración, toda vez que esta legitimidad está probada por una posesión de estado que no es punto contra-

dicho por el acta de nacimiento".

Otras solemnidades del matrimonio se hacen consistir en la presencia de cuatro testigos para dar publicidad al acto; la lectura de los documentos que justifican su estado y la lectura, también a cargo del oficial, del Capítulo VI del Título sobre "Los derechos y los deberes respectivos de los cónyuges". De esta manera, es decir, a través de todo este cúmulo de formas externas, se llama seriamente la atención de los futuros cónyuges acerca de las obligaciones que van a contraer "...ilustrándoles y asegurándoles a la vez su libertad" (18).

3.3. LA ADOPCION

Entre otros negocios familiares tenemos la adopción, que si - - bién es mas un negocio procesal, no está por demás señalar sus características. Esta fue definida por Laurent como "... un acto solemne que crea entre dos personas relaciones análogas a -- las que resultan de la filiación legítima...", aclarando dicho autor que se dice que es un acto solemne porque, de cualquier - modo que se haga, la ley exige ciertas formas que deben llenarse para que la adopción exista (19).

La forma de la adopción entre vivos fue establecida por el artículo 253 que a la letra decía: "La persona que se proponga adoptar y la que desee ser adoptada, se presentarán ante el juez de

paz del domicilio del adoptante para levantar una acta de sus respectivos consentimientos". Esta acta debe ser homologada por el tribunal de primera instancia y por la Corte de Apelación y luego inscribirse en los registros del estado civil. Esta disposición ha sufrido modificaciones a la fecha y, tratándose de un negocio de Derecho adjetivo no haremos mayores comentarios que los que ya han quedado anotados.

3.4. ADOPCION TESTAMENTARIA.

Los franceses del siglo XIX se mostraron bastante reacios a la adopción, no obstante la tenaz defensa que el Primer Cónsul hiciera de ella. Crearon la adopción testamentaria mediante la cual el tutor oficioso podía adoptar a un pupilo por testamento, durante su minoría y después de cinco años de iniciada la tutela. Siguiendo lo accesorio la suerte de lo principal, las solemnidades de la adopción testamentaria dependen de la forma del testamento.

3.5. TESTAMENTOS.

Reconoce el Derecho civil francés los diversos testamentos romanos, así, podemos hablar de testamentos ológrafos, auténticos y cerrados o místicos, por una parte; por la otra tenemos a los llamados privilegiados como el testamento militar, el formulado en tiempo de peste o enfermedad contagiosa general, el que se

hace durante un viaje marítimo, en las regiones invadidas y en país extranjero; el privilegio de tales actos consiste en la omisión de algunas formalidades ante el peligro inminente de perder la vida.

Salvo el caso en que los franceses residentes en el extranjero pueden testar según la ley del país en que se encuentren, los testamentos privilegiados son provisionales (si no llega la muerte, porque entonces se vuelven definitivos), y deben hacerse nuevamente dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que el testador se encuentre en posibilidad de ello.

Definió Bonnecase el testamento como "Un acto jurídico solemne, cuyo fin es dar a conocer la voluntad de su autor, para después de su muerte, tanto desde el punto de vista extrapatrimonial como económico" (20).

Las solemnidades de los testamentos no difieren, en lo sustancial, de las que hemos estudiado por Derecho justiniano; por ejemplo, las que corresponden al testamento público o auténtico se hacen consistir en lo siguiente:

A.- Unidad del acto;

B.- Debe ser recibido por dos notarios en presencia de dos testigos, o por un notario ante cuatro testigos;

C.- Debe dictarse por el testador y ser escrito, textual--

mente, por uno de los notarios;

D.- Lectura de lo escrito en presencia de los testigos;

E.- El notario hará constar en el testamento la circunstancia de haberse cumplido íntegramente todas las formalidades legales; y

F.- La firma de todos los que hayan intervenido.

Otro de los testamentos, muy conocido entre nosotros, es el ológrafo que precisa:

A.- Estar escrito por puño y letra del testador;

B.- Presentarlo, cerrado y sellado, al notario y seis testigos por lo menos, o este funcionario lo hará cerrar y sellar en su presencia;

C.- La declaración del testador de que lo contenido en ese papel es su testamento, y

D.- El notario levantará el acta de suscripción, la cual se escribirá en el papel presentado o en el sobre y luego, firmado por el testador, el notario y los testigos.

Como se aprecia fácilmente, en los testamentos las solemnidades no mudaron su esencia, conservándose las tradicionales clasificaciones que hicieron los glosadores y demás doctos de épocas posteriores. Su carácter solemnísimo es indiscutible.

3.6. FORMALISMO CONTRACTUAL.

En materia contractual se reconoce el principio del consensualismo, pero se instituyen los contratos solemnes cuya solemnidad se exige para la validez del acto y consiste en la intervención de un notario y en la elaboración de un documento público:

Al exigir la intervención de un notario, el legislador ha querido asegurar la protección de la voluntad de los contratantes que realizan operaciones peligrosas o complejas. Las partes deben ser esclarecidas por los consejos de un funcionario público (21).

No obstante existir una disposición legal precisa, parte de la doctrina francesa considera solemnes todos los actos que deben realizarse por escrito, aunque este escrito sea de carácter privado, apartándose de la noción general de acto solemne.

La Ley del 23 de marzo de 1855, reemplazada por Decreto del 4 de enero de 1955, tomó de Alemania las solemnidades publicitarias para los actos constitutivos o translativos de derechos reales, con el objeto de tornar oponible a los terceros la transmisión de un derecho real; por lo tanto, el acto no publicado es válido, produce sus efectos entre las partes pero los terceros tienen el derecho de ignorar la transmisión no publicada.

En los contratos en los que el objeto tiene gran valor, el con-

sentimiento de las partes se constata por escrito. Esta escritura no es la manifestación del consentimiento, que la mayor parte del tiempo se ha producido ya antes, bajo la forma verbal. - Si se redacta un escrito, es únicamente para reservarse una - - prueba de que tal contrato se celebró; pero el medio de prueba no debe confundirse con el modo de formación del contrato. Es - de considerarse que el contrato existe independientemente de su prueba escrita. Es indudable que es el consentimiento el que da origen a los negocios civiles pero es necesario que se entienda que, para los efectos específicos de cada una de las solemnidades, sean publicitarias, probatorias o meramente solemnes, el - legislador ha tenido precisas ideas de su función específica, - elevándolas al rango de actos creadores de derechos.

4.- ITALIA.

En este país se distingue, al igual que en los anteriores, entre negocios consensuales o no formales y en negocios formales o solemnes. Betti nos habla de actos con forma taxativa o solemne y actos con forma libre, o sea, no determinada preventivamente, si bien, determinable (22). Aquí se presenta la misma imprecisión que encontramos en algunos autores franceses, afortunadamente los menos, de atribuir solemnidad al acto que deba hacerse en escrito privado. Por ejemplo, el artículo 81 del Código Civil Italiano nos dice que: "La promesa de matrimonio debe ser hecha por escrito y no produce de otro modo los efectos señala-

dos en el Código Civil". Aquí Betti pretende ver un negocio solemne, toda vez que la ley exige que la promesa de matrimonio debe constar por escrito, pero es preciso hacer notar que dicha ley no manda que tal escrito conste en instrumento público, sino en cualquier escrito.

4.1. RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL.

En cambio, para el reconocimiento del hijo no cabe duda de que el legislador le ha dado naturaleza solemne al ordenar el artículo 254 que este acto debe realizarse en el momento del nacimiento o bien, con una expresa declaración posterior, ante un oficial del estado civil o el juez tutelar, en una acta pública o en testamento, cualquiera que sea la forma de éste.

4.2. EL MATRIMONIO

En esta parte encontramos, una vez más, la influencia del Derecho canónico. Las disposiciones legales contienen formalidades previas al matrimonio y las que atañen al matrimonio propiamente. Las primeras están dispuestas en el artículo 70 que ordena publicaciones a cargo del oficial del registro Civil, con expresión de los nombres de los solicitantes, apellidos, profesión, lugar de nacimiento, etc. Luego, ante el mismo oficial deberá desarrollarse el consabido ritual, con testigos, lectura de documentos, aceptación mutua de viva voz y firma de todos --

cuantos hayan participado en el acto. Además, al tenor del artículo 162, las convenciones que regulan las relaciones patrimoniales en el matrimonio "... deben ser estipuladas por acto público bajo pena de nulidad".

4.3. FORMALIDADES DEL TESTAMENTO.

Los artículos 601 a 607 contienen las especificaciones propias del testamento ológrafo, del público y del secreto, en tanto -- que en los artículos 609 al 619 se establecen las formalidades de los testamentos especiales.

Está presente la tradicional distinción entre testamentos solemnes y testamentos menos solemnes o privilegiados; unos que precisan otorgarse o redactarse ante notario, los otros que se autorizan en caso de presentarse situaciones extraordinarias en las que el peligro de muerte inminente es el común denominador, como pueden ser los tiempos de guerra, epidemias y otros.

4.4. NEGOCIOS ENTRE VIVOS.

En el campo de los negocios patrimoniales inter vivos, el tipo de forma necesaria hacia el que suele orientarse naturalmente -- el legislador moderno es el de la documental, en sus dos variedades de documento público y de escritura privada. La exigencia de la forma en estos negocios es variablemente sentida para el

legislador; para algunos negocios no considera admisible el documento autógrafo, es decir, que sea obra del mismo autor de la declaración, y asigna la tarea de redacción del documento (heterógrafo) a un tercero, no sólo imparcial sino dotado a priori de la competencia y fe de público documentador, normalmente de documentador profesional (notario); así se expresa Betti (23).

La forma del contrato es libre, pero para algunos negocios la ley exige la escritura privada o bien el acto público, sobre todo tratándose de ciertos contratos. Al parecer, la razón de tal imposición se hace consistir en la exigencia en que están las partes del empleo de estas formas como un llamamiento a reflexionar sobre la importancia económica, fundamentalmente, del acto que se proponen realizar al estipular el contrato que van a consentir después de pensar cuidadosamente; es, como expresó Messineo: "... un medio indirecto de defensa de las partes, contra su propia eventual ligereza" (24). Así, cualquier imprudencia de las partes en un contrato solemne, han de imputarla a sí mismas.

Son solemnes los contratos que transfieren la propiedad inmueble, constituyen, modifican o transfieren el usufructo inmobiliario, o el derecho de superficie, y muchos más, citados por el artículo 1350 del Código civil italiano.

5. ESPAÑA.

La legislación civil hispana parte del principio de la libertad formal, pero en el tratamiento específico de cada negocio establece las solemnidades a que están sujetos, es decir, que estamos en presencia del formalismo jurídico aunque el principio general sea el consensual. A este respecto, Ruiz Serramalera nos presenta un listado muy completo de negocios solemnes:

A.- Negocios del Derecho de Familia:

a.- El matrimonio, que precisa de unas palabras específicas que muestren la conformidad de los contrayentes, la presencia de testigos y de la asistencia de unas autoridades, que actúen, además, como testigos especiales;

b.- El reconocimiento voluntario de hijos habidos fuera de matrimonio, que requiere se haga en testamento o en otro documento público;

c.- La emancipación, que exige se otorgue por escritura pública o por comparecencia ante el juez municipal, o que se apruebe o conceda directamente por el juez y,

d.- La adopción, que requiere aprobación judicial y -- otorgamiento en escritura pública.

B.- Negocios mortis causa:

a.- Los testamentos que deben otorgarse ante notario, agente diplomático o consular, contador o capitán de buque, además de la escritura, unidad del acto, etc.;

b.- Las donaciones mortis causa, que al producir sus -

efectos por la muerte del donante, participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad;

c.- La aceptación de la herencia a beneficio de inventario, que por el efecto de crear un patrimonio separado debe hacerse ante notario o por escrito ante juez competente y,

d.- La repudiación de la herencia, que por el peligro que puede representar para los acreedores se exige que se haga en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el juez.

C.- Negocios de carácter contractual:

a.- Contratos de trascendencia real que crean derechos subjetivos de carácter absoluto y que necesitan escritura pública o inscripción en el Registro de la Propiedad, tales como el censo enfitéutico, la hipoteca inmobiliaria, la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de la posesión y la hipoteca naval;

b.- Contratos en los que se prevén importantes consecuencias de carácter económico como las capitulaciones matrimoniales y el contrato de seguro;

c.- Contratos de naturaleza gratuita, tales como la donación de bienes muebles e inmuebles, el contrato de comodato o de simple préstamo y el contrato de depósito;

d.- Contratos que deben inscribirse en el Registro Público porque crean una persona jurídica: sociedades civiles y mercantiles.

Todos estos actos deben constar por escrito, pero además, el artículo 1280 ordena que ese escrito sea un instrumento público - tratándose de :

A.- Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles;

B.- Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o mas años, siempre que deban perjudicar a tercero;

C.- Las capitulaciones matrimoniales (y sus modificaciones) y la constitución y aumento de la dote, siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas;

D.- La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal;

E.- El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero, y

F.- La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

En efecto, ordena la legislación española, que para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública (Art. 633); las capitulaciones matrimoniales deben constar igualmente en escritura pública (Art. 1,321), y así los de-

más negocios a que nos hemos referido. En cuanto a la clasificación que se hace de los testamentos, notamos que, a diferencia de otras legislaciones, en la española se habla de testamentos comunes y de testamentos especiales, pero que en esencia continúan siendo los mismos, veamos el Código civil de este país:

Numeral 676. El testamento puede ser común o especial.

El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado.

Numeral 677. Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Se asimila el término "formalidad" al de "solemnidad", y así se dice que "Todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto..." (Numeral 699).

Quizá lo único diferente en este cuerpo de leyes es su insistencia en regular el matrimonio canónico dentro de la legislación de Estado, lo que es a todas luces una modalidad enteramente -- opuesta a lo que hemos venido desarrollando a partir de la separación que hubo en toda Europa Occidental entre iglesia y Estado. Así, la ley civil hispana reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil (Numeral 42) y ordena que el matrimonio -- habrá de celebrarse canónicamente cuando uno al menos de los -- contrayentes profesa la religión católica y se autoriza el matrimonio civil sólo mediante la prueba de que ninguno de los --

contrayentes profesa dicha religión.

6.- EL DERECHO CIVIL DE LA REPUBLICA DE PERU

Al parecer, el primer código civil americano corresponde a la República de Perú; en él rige el principio de la libertad de la forma para la perfección del negocio jurídico, pero al igual -- que todas las legislaciones anteriormente presentadas, seguidamente se anotan las excepciones (Art. 1122) y que se refieren a los actos que precisan de solemnidades, tales como la escritura pública. Palacios Pimentel nos señala los negocios solemnes del derecho sustantivo civil peruano (26), a saber:

La anticresis, la hipoteca, la donación de inmuebles, el pacto de retroventa, la constitución de la dote, la constitución del hogar de familia, la renuncia de la herencia, la constitución de una sociedad, la emisión de bonos hipotecarios, la transacción, las inscripciones que se hacen en los registros públicos, la constitución de fundaciones, la legitimación, la exclusión que los padres o abuelos hagan de determinada persona para formar el consejo de familia, el mandato para enajenar o gravar bienes del mandante, la renta vitalicia, el mandato para contraer matrimonio, el reconocimiento de hijo ilegítimo, el -- testamento público, el testamento cerrado, el matrimonio, la -- partición cuando uno de los condóminos está ausente o es incapaz, la enajenación de inmuebles pertenecientes a personas de --

Derecho público, el arrendamiento de bienes rústicos y el mutuo y el depósito que excedan de valor a cierto número de intis.

Todos estos actos deben ser consentidos mediante instrumento público, ya sea ante un notario, oficial del Registro Civil o juez de paz en ausencia de notario.

7.- REPUBLICA DE CHILE

Uno de los primeros códigos civiles americanos fue el de la República de Chile; se promulgó en el año de 1855 y se aplicó a partir del día primero de enero del año siguiente. Su autor, Andrés Bello, se inspiró en los códigos, austriaco, bábaro, del cantón del Ticino, del cantón de Vaud, de las dos Sicilias, código español de comercio, holandés, francés, de la Luisiana, napolitano, prusiano de Parma, Plascencia y Guastala, del Perú, sardo, en el Derecho romano, canónico, español, francés, romano Novísimo y en la obra de García Goyena "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español", editado en Madrid en el año de 1852 (27).

La importancia de este cuerpo de leyes se hace consistir, fundamentalmente, en que fue modelo para la mayoría de los países americanos. No obstante sus fuentes citadas, es de considerarse que la principal inspiración del jurista Bello lo fue el Derecho romano, pues a este personaje se debe una traducción y am-

pliación de la obra de Heineccio. Entre las instancias que adoptaron el modelo chileno se anotan las siguientes:

- A.- La Asamblea Constituyente de Cundinamarca, en 1857;
- B.- Bogotá (Cundinamarca), en 1859;
- C.- Estados Unidos de Colombia, en 1873;
- D.- República del Ecuador (Elaborado por el mismo Bello), - sancionado por el Congreso el 21 de noviembre de 1857, promulgado por el gobierno el 4 de diciembre de 1860, vigente a partir del primero de enero de 1861;
- E.- Código Civil de la República del Salvador de 1860;
- F.- Código Civil Esbozo (Río de Janeiro), de 1860;
- G.- Código Civil de Caracas de 1862, y
- H.- Código Civil para el Estado Oriental de Uruguay de - - 1877.

En el Código de Bello la noción de lo solemne quedó plasmado en los siguientes términos:

Art. 17.- La forma de los instrumentos públicos se de termina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas esta blecidas en el Código de Enjuiciamiento.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgadas y autorizadas por las personas y de la manera que

en tales instrumentos se exprese.

Se advierte, también, la influencia del Derecho canónico y del Derecho español, cuando Bello, en la exposición de motivos nos dice que:

Se conserva a la autoridad eclesiástica el derecho de decidir sobre la validez del matrimonio; y se reconocen como impedimentos para contraerlo los que han sido declarados tales por la iglesia católica. El matrimonio que es válido a los ojos de la iglesia, lo es también ante la ley civil; sin que por eso saliese de sus límites racionales el poder temporal cuando negase los efectos civiles a un matrimonio que le pareciese consecuencias sociales y domésticas... (28).

Es por esto que la regulación jurídica del matrimonio quedó - -
plasmada en los siguientes términos:

Art. 102.- El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir - juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

Art. 117.- El matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por la igle

sia, y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas.

Art. 118.- Los que profesando una religión diferente de la católica quisieran contraer matrimonio en territorio chileno, podrán hacerlo, con tal que se sujeten a lo prevenido en las leyes civiles y canónicas sobre impedimentos dirimentes, permiso de ascendientes o curadores, y demás requisitos, y que declaren ante el competente sacerdote católico y dos testigos, que su ánimo es contraer matrimonio, o que se reconocen el uno al otro como marido y mujer, y haciéndolo así, no estarán obligados a ninguna otra solemnidad o rito.

Es así como las solemnidades religiosas pasan íntegras a la legislación de Estado. Por lo que hace a los testamentos, la clasificación chilena en cuanto a la forma es igual a la que hemos venido encontrando en cada una de las leyes civiles que han quedado anotadas. Así, el testamento puede ser mas o menos solemne. Definiendo lo mismo por lo mismo, el artículo 1008 nos dice que testamento solemne es aquel en el que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, en tanto que el menos solemne o privilegiado es en el que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares.

Derecho público, el arrendamiento de bienes rústicos y el mutuo y el depósito que excedan de valor a cierto número de intis.

Todos estos actos deben ser consentidos mediante instrumento público, ya sea ante un notario, oficial del Registro Civil o juez de paz en ausencia de notario.

7.- REPUBLICA DE CHILE

Uno de los primeros códigos civiles americanos fue el de la República de Chile; se promulgó en el año de 1855 y se aplicó a partir del día primero de enero del año siguiente. Su autor, Andrés Bello, se inspiró en los códigos, austriaco, bábaro, del cantón del Ticino, del cantón de Vaud, de las dos Sicilias, código español de comercio, holandés, francés, de la Luisiana, napolitano, prusiano de Parma, Plascencia y Guastala, del Perú, sardo, en el Derecho romano, canónico, español, francés, romano Novísimo y en la obra de García Goyena "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español", editado en Madrid en el año de 1852 (27).

La importancia de este cuerpo de leyes se hace consistir, fundamentalmente, en que fue modelo para la mayoría de los países americanos. No obstante sus fuentes citadas, es de considerarse que la principal inspiración del jurista Bello lo fue el Derecho romano, pues a este personaje se debe una traducción y am-

pliación de la obra de Heineccio. Entre las instancias que adoptaron el modelo chileno se anotan las siguientes:

- A.- La Asamblea Constituyente de Cundinamarca, en 1857;
- B.- Bogotá (Cundinamarca), en 1859;
- C.- Estados Unidos de Colombia, en 1873;
- D.- República del Ecuador (Elaborado por el mismo Bello), - sancionado por el Congreso el 21 de noviembre de 1857, promulgado por el gobierno el 4 de diciembre de 1860, vigente a partir del primero de enero de 1861;
- E.- Código Civil de la República del Salvador de 1860;
- F.- Código Civil Esbogo (Río de Janeiro), de 1860;
- G.- Código Civil de Caracas de 1862, y
- H.- Código Civil para el Estado Oriental de Uruguay de - - 1877.

En el Código de Bello la noción de lo solemne quedó plasmado en los siguientes términos:

Art. 17.- La forma de los instrumentos públicos se de termina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas esta blecidas en el Código de Enjuiciamiento.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgadas y autorizadas por las personas y de la manera que

en tales instrumentos se exprese.

Se advierte, también, la influencia del Derecho canónico y del Derecho español, cuando Bello, en la exposición de motivos nos dice que:

Se conserva a la autoridad eclesiástica el derecho de decidir sobre la validez del matrimonio; y se reconocen como impedimentos para contraerlo los que han sido declarados tales por la iglesia católica. El matrimonio que es válido a los ojos de la iglesia, lo es también ante la ley civil; sin que por eso saliese de sus límites racionales el poder temporal cuando negase los efectos civiles a un matrimonio que le pareciese consecuencias sociales y domésticas... (28).

Es por esto que la regulación jurídica del matrimonio quedó - -
plasmada en los siguientes términos:

Art. 102.- El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

Art. 117.- El matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por la igle

sia, y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas.

Art. 118.- Los que profesando una religión diferente de la católica quisieran contraer matrimonio en territorio chileno, podrán hacerlo, con tal que se sujeten a lo prevenido en las leyes civiles y canónicas sobre impedimentos dirimentes, permiso de ascendientes o curadores, y demás requisitos, y que declaren ante el competente sacerdote católico y dos testigos, que su ánimo es contraer matrimonio, o que se reconocen el uno al otro como marido y mujer, y haciéndolo así, no estarán obligados a ninguna otra solemnidad o rito.

Es así como las solemnidades religiosas pasan íntegras a la legislación de Estado. Por lo que hace a los testamentos, la clasificación chilena en cuanto a la forma es igual a la que hemos venido encontrando en cada una de las leyes civiles que han quedado anotadas. Así, el testamento puede ser mas o menos solemne. Definiendo lo mismo por lo mismo, el artículo 1008 nos dice que testamento solemne es aquel en el que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, en tanto que el menos solemne o privilegiado es en el que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares.

La clase de solemnidades no difiere de las que se exigen por la legislación de todos aquellos países que se encuentran agrupados bajo la categoría de familia romano-germánica o romano-canónica; así por ejemplo, el artículo 1014 ordena que el testamento solemne y abierto debe otorgarse ante competente escribano y tres testigos, y el 1015 nos indica que lo que constituye esencialmente el testamento abierto es el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al escribano y a los testigos, debiendo ser presenciado, en un solo acto, por el testador, por un mismo escribano y por unos mismos testigos.

El testamento solemne cerrado ha de otorgarse ante un escribano y cinco testigos (Art. 1021) declarando de viva voz y de manera que el escribano y testigo le vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento.

Hasta aquí los negocios mortis causa, continuaremos ahora el estudio de las disposiciones chilenas en materia contractual, en donde encontramos el rol de la solemnidad bien preciso:

Art. 679.- Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas.

Bello en su trabajo anotó que cuando la ley manda subastar, o dispone que para enajenar sea necesario otorgar escritura pública

ca, la tradición que se hiciese sin estos requisitos no transferiría dominio (29), y continúa el código: Art. 686.- Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador.

En este cuerpo de leyes de la República chilena se clasifica a los contratos de la siguiente manera:

A.- Contrato real, cuando para que sea perfecto es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere;

B.- Contrato solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil y,

C.- Contrato consensual, cuando se perfecciona por el sólo consentimiento (Art. 1443).

Actos solemnes representativos de las diversas instituciones civiles son el matrimonio, el testamento y la compraventa de inmuebles.

8.- COLOMBIA.

Ya hemos anotado que Colombia tomó como modelo el código civil de Bello por lo que su similitud es obvia, así, este código nos expresa en su artículo 1500, que un contrato es ~~solemne~~ cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales.

Así mismo los negocios del Derecho familiar y los mortis causa-
conservan los mismos principios en materia de solemnidades.

9.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El que se ha venido considerando o llamando, primer Código ci--
vil del México Independiente, esto es, el Código Civil de 1870,
para el Distrito y Territorios Federales, tuvo sus fuentes en -
el Derecho romano, canónico, alemán, francés, preferentemente,-
afirmando algunos la influencia del chileno (copiado que fue --
del Código del Imperio que nunca entró en vigor), y otras. Nuestro
legislador comprendió la noción de lo solemne y lo imprimió
a través de diversas disposiciones, la mayoría de ellas permanecen
en el Código actualmente en vigor, las cuales es necesario-
citar textualmente para ilustrar o robustecer nuestras opinio--
nes y señalamientos que hemos venido realizando:

15. Respecto de la forma o solemnidades externas de -
los contratos, testamentos y de todo instrumento pú--
blicó, regirán las leyes del país en que se hubieren-
otorgado. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros resi
dentes fuera del Distrito o de la California, que--
dan en libertad para sujetarse a las formas y solemnida
des prescritas por la ley mexicana, en los casos en
que el acto haya de tener ejecución en aquellas demarca
ciones.

94. Si el nacimiento se verificare en un buque extranjero, se observará, por lo que toca a las solemnidades del registro, lo prescrito en el artículo 15.

161. El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige.

293. La nulidad que se funda en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio.

294. No se admitirá a los cónyuges la demanda de nulidad por falta de solemnidades, contra el acta de matrimonio...

1405. Luego que la propuesta sea aceptada, quedará el contrato perfecto; menos en aquellos casos en que la ley exija alguna otra formalidad.

1793. La ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad...

2478. El mandato escrito puede otorgarse en escritura pública y con las demás solemnidades legales, o en instrumento privado.

2913. En los casos del artículo anterior se observarán, para la validez y el pago de la renta vitalicia, las disposiciones relativas a la solemnidad externa del acto en que se constituya.

3056. El contrato de compra-venta no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre cosa inmueble.

3773. Todas las formalidades se practicarán acto continuo; y el notario dará fe de haberse llenado todas.

3774. Faltando algunas de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el notario será responsable de los daños y perjuicios, e incurrirá además en la pena de pérdida de oficio.

3787. El que sea solo mudo o solo sordo, puede hacer testamento cerrado con tal que esté escrito de su puño y letra; o si ha sido escrito por otro, lo anote así el testador, y firme la nota de su puño y letra; sujetándose a las demás solemnidades precisas para es

ta clase de testamentos.

3788. El testamento cerrado que carezca de alguna de las formalidades sobredichas quedará sin efecto y el notario será responsable en los términos del artículo 3774.

3817. Los militares y los empleados civiles del ejército, luego que entren en campaña, podrán testar en la forma privada, sujetándose a las formalidades prescritas para esta clase de testamentos.

El Código Civil de 1884 no introdujo algo diferente en la materia; se pueden leer en él exactamente las mismas disposiciones que en su antecesor se anotaron; Por lo que hace al Código vigente en el Distrito Federal, se observa una variante en el texto del artículo 15, en el cual se eliminó la fórmula "...o solemnidades externas de los contratos, testamentos y de todo instrumento público...", en forma tal que la redacción de esta disposición quedó en los siguientes términos:

Art. 15.- Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito Federal quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código-

cuando el acto haya de tener ejecución en la mencionada demarcación.

No hemos logrado encontrar la razón de este cambio que sólo contribuyó a desorientar y traer confusión a la doctrina jurídica-nacional, como veremos en otra parte de esta tesis.

* * * * *

* * * *

* * *

* *

*

CAPITULO III
CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1 Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria, Biblioteca de Autores Cristianos, La Editorial Católica, Madrid, MCMXLVII.
- 2 Santo Tomás, Citado por Alonso Lobo, A., "Comentarios al Código de Derecho Canónico", Tomo I, Biblioteca de Autores Cristianos, La Editorial Católica, Madrid, MCMLXIII, p. 98.
- 3 Cfr. Miguélez Domínguez, "Comentarios al Código de Derecho Canónico", Vol I, Biblioteca de Autores Cristianos, La Editorial Católica, Prólogo de Francisco Barbado Viejo, Madrid, MCMLXIII, p. 653.
- 4 Hedemann, J.W., "Derechos Reales", Versión Española y Notas de José Luis Diez Pastor y Manuel González Enríquez, Editorial Revista de Derecho Privado, Vol II, Madrid, 1955, p. 76.
- 5 Von Thur, Andreas, "Derecho Civil, Teoría General del Derecho Alemán", Editorial Depalma, dirigida por Alfredo Orgaz, Vol. I, Buenos Aires, 1948, p. 11.

6 Ibid., p. 76.

7 Ibid., p. 78.

8 Loewenwarter, Víctor, "Derecho Civil Alemán Comparado con las características del Derecho Comercial", Ed. Nacimiento, Santiago, Chile, 1943, p. 536.

9 Laurent, F., "Principios de Derecho Civil Francés", Tomo I, -- Imprenta y Lit. de F. Barroso Hno., México, 1893, - pp. 7 y 8.

10 Ibid.

11 Laurent, F., "Principios de Derecho Civil Francés", Tomo II, - Traducción revisada por Agustín Verdugo, Joaquín -- Guerra y Valle Editor, México, 1945, pp. 3 a 7.

12 Laurent, Ob. Cit., T. I, p. 9.

13 Ibid., pp. 7 a 24.

14 Portalis, Discurso Pronunciado en la Academia de Legislación Moniteur de 1° Frimario, Año XII, Citado por Laurent, Ob. Cit., T. I, p. 35.

- 15 Laurent, Ob. Cit., T. II, p. 55.
- 16 Planiol, Marcel, "Traité Elémentaire de Droit Civil", Tome Deuxième, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1912, p. 333.
- 17 Pothier, Citado por Laurento, Ob. Cit., T. II, p. 646.
- 18 Ibid., p. 643.
- 19 Laurent, F., "Principios de Derecho Civil Francés", T. IV, Tipografía de F. Barroso Hno., México, 1964, p. 319.
- 20 Bonnacase, Julien, "Elementos de Derecho Civil", T. II, Traductor Lic. José M. Cajica Jr., Ed. José M. Cajica - Jr, Puebla, 1945, p. 347.
- 21 Mazeaud, Henry y León, Jean, "Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda", V. I, Traductor Luis Alcalá-Zamora, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969, p. 82.
- 22 Betti, Emilio, "Teoría General del Negocio Jurídico", Traducción y Concordancias con el Derecho Español por A. -- Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, - Madrid, 1966, p. 98.

- 23 Ibid., pp. 206 y 207.
- 24 Messineo, Francesco, "Dottrina Generale del Contratto", Dott.-
A. Giuffr  Editore, Milano, 1948, pp.100-101.
- 25 Ruiz Serramalera, Ricardo, "Derecho Civil, El Negocio Jur di-
co", Ed. Universidad Complutense/Facultad de Derecho, Ma-
drid, 1980, pp. 252 a 254.
- 26 Palacio Pimentel, H. Gustavo, "Las Obligaciones en el Derecho
Civil Peruano", S/E, Perú, 1980, p. 283.
- 27 Cfr. Caro, Miguel Antonio, en sus Apuntes Biográficos sobre-
Bello, Código Civil de la República de Chile, Mi-
nisterio de Educación, Comisión Editora de las --
Obras Completas de Andrés Bello, Biblioteca Nacio-
nal, T. I, Caracas, 1954.
- 28 Código Civil de la República de Chile, Ministerio de Educa--
ción, Comisión Editora de las Obras Completas de An--
dr s Bello, Biblioteca Nacional, T. I, Caracas, 1954.

CAPITULO IV

LAS SOLEMNIDADES EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO VIGENTE

1.- FORMALISMO Y CONSENSUALISMO.

Antes de entrar en materia queremos aclarar que el título del presente Capítulo no es del todo propio toda vez que lo que se presentará aquí se refiere exclusivamente al Código Civil para el Distrito Federal, sin referirnos a la legislación civil de cada uno de los Estados miembros de la Federación, en lo particular; sin embargo, es bien sabido que este cuerpo de leyes ha sido tomado tradicionalmente como modelo para todo el país, por lo que no existen grandes diferencias, si bien, en los últimos años algunos Estados, los menos, han introducidos cambios en sus códigos a los que nos referiremos en el siguiente Capítulo.

El artículo 1803 del Código Civil vigente en el Distrito Federal nos introduce en las primeras orientaciones que al respecto rigen la vida de los negocios jurídicos. El aludido precepto legal, a la letra dice:

El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por con-

venio la voluntad deba manifestarse expresamente.

La ley precisa que el consentimiento se manifiesta únicamente - en dos formas: expresa o tácitamente. La forma verbal o por medio de signos inequívocos recibe el nombre de consensualismo, - en tanto que la expresión escrita es a la que llamamos propiamente formalismo o formalidad.

Acerca de cuál sea el principio a que están sujetos los negocios civiles, no parece que la legislación mexicana sea diversa a la de quienes comparten con nosotros la familia de tradición romano-germánica. El Código dice inclinarse por el consensualismo cuando preceptúa que :

Art. 1852.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso - - obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

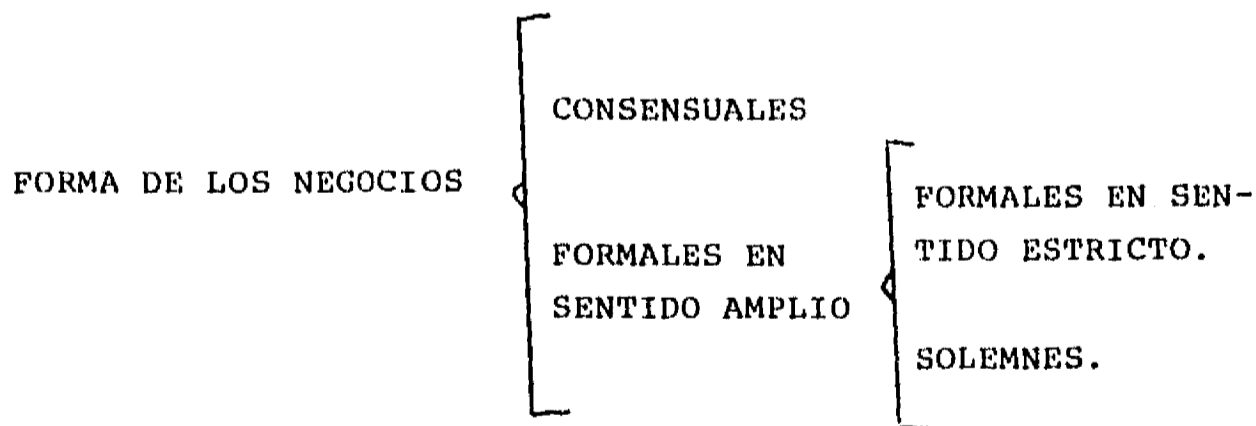
A los negocios que se expresan a través de los medios consensuales se les llama también "no formales", para distinguirlos de los "formales"; estos últimos son aquellos que, por disposición de la ley requieren otorgarse por escrito, ya sea en documento privado o mediante instrumento público. Al efecto debe notarse, como lo advierte Betti (1) que la común clasificación de los ne

gocios en "formales" y "no formales" no debe inducir a la errónea creencia de que existan negocios en los cuales pueda prescindirse de una cualquiera forma. En realidad, un acto, como hecho socialmente eficaz, no existe sin una forma de actitud a través de la cual sea reconocible para los demás. La distinción citada parte del criterio de que el Derecho puede, o prescribir a la autonomía privada el modo del acto, considerando inoperante uno distinto o bien dejarla en libertad de elegir los medios mas adecuados, siempre que sean admisibles e idóneos para hacer el acto exteriormente reconocible. Según este criterio, se distinguen actos con forma taxativa o solemne y actos con forma libre, o sea, no determinada preventivamente, si bien determinable. Hasta aquí la opinión de Betti.

Dijimos que el artículo 1803 nos dice cuáles son los modos de expresión de la voluntad, mismos a que ya hemos aludido, por lo que no es posible considerar, como hacen algunos, que la tradición, en los contratos reales, sea una forma de manifestar el consentimiento. En esta clase de negocios jurídicos tales como el depósito, la prenda, el mutuo, etc., el consentimiento se manifiesta de manera expresa o tácita, según sea el caso, sin que la tradición sea un requisito para que la declaración de voluntad tenga validez, sino para que el negocio alcance eficacia plena y se realice la finalidad perseguida de transmitir un derecho.

En atención a la forma, doctrinaria y tradicionalmente se han venido clasificando los negocios civiles en: consensuales, formales y solemnes. Se dice que son consensuales aquellos que no requieren de formalidades en sentido estricto, de tal manera -- que el mero consentimiento expreso o tácito da validez al acto, en tanto que son formales los que requieren para su validez que el consentimiento sea expreso y escrito, y que la solemnidad es una formalidad escrita especial que afecta no a la validez del acto jurídico, sino su existencia, es pues un elemento esencial (2).

Los negocios pueden ser entonces, consensuales o formales, distinguiéndose dentro de éstos últimos, aquellos que deben otorgarse por escrito privado de los que han de constar en instrumento público y que son a los que la ley denomina propiamente "solemnes". Así, para nosotros no es precisamente lo mismo acto formal y acto solemne.



Forma es, pues, el modo como es el negocio, es decir, como se presenta frente a los demás en la vida de relación, su figura exterior, toda vez que en la vida de relación un acto no es re-

conocible a los otros sino a través de su forma y precisamente por esto, la voluntad, mientras queda en puro fenómeno psíquico y no se traduce en actos, está privada de trascendencia social y jurídica (3).

Distingamos entonces forma y formalidad, conceptos acerca de los cuales el Diccionario Jurídico Mexicano asienta:

Forma. I. (Requisitos externos o aspectos de expresión de los actos jurídicos). En la teoría del negocio jurídico se entiende por forma lato sensu la manera en que este se realiza, así todos los negocios tienen una forma. En sentido estricto se entiende por forma a la realización por escrito del acto de que se trate.

a) Formalidad y consensualidad. I. Característica de los contratos que se clasifican en relación a la forma como se perfeccionan. II. La formalidad se refiere a los contratos que por ley requieren de una forma determinada para su perfeccionamiento...(4).

Cabe señalar que esta explicación o este concepto que nos ofrece el Diccionario en mención, restringe o asimila la formalidad a únicamente los contratos, siendo como es que la forma está presente en cualquier acto jurídico, porque todo acto debe tener una forma de manifestarse. También hay que aclarar que la -

solemnidad no es siempre solamente una formalidad escrita especial, sino que existen negocios en los que las solemnidades también son de carácter verbal, como por ejemplo, la lectura en voz alta del testamento, la fórmula "sí acepto" en el matrimonio, y otras.

2.- LA FORMALIDAD DE LOS NEGOCIOS CIVILES

Partiremos para nuestro estudio del artículo 1795 del Código Civil vigente y que se refiere de manera expresa a los contratos. Esta actitud obedece no a que solo los contratos civiles requieran de formalidades sino a que encontramos, en esta parte, disposición precisa acerca de los elementos de validez del negocio llamado "contrato" pero que, como ordena el artículo 1859 del mismo cuerpo de leyes, son aplicables a todo acto jurídico, en lo que no se oponga a su propia naturaleza o a disposiciones especiales de la ley:

Art. 1795.- El contrato puede ser invalidado:

I.-

II.-

III.-

IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Hemos clasificado los negocios sustantivos formales en: forma--

les en sentido estricto y en solemnes. Ya hemos visto qué se entiende por formales en sentido estricto, así que seguidamente - y para entrar al estudio de los negocios solemnes, precisaremos ahora lo que es la solemnidad.

3.- LAS SOLEMNIDADES EN LA DOCTRINA JURIDICA NACIONAL

Se ha dicho que en la teoría general de los actos jurídicos no existe una concepción uniforme sobre qué sean las solemnidades - y cuál su rol como requisito del acto jurídico solemne, con tanta insistencia que realmente pareciera un punto muy difícil de determinar.

Borja Soriano se limita a citar la opinión de Baudry-Lacantinerie, pero sin expresar la propia, lo cual no resulta explicativo ni aclaratorio en cuanto a que se nos manifiesta que se designa con el nombre de contratos solemnes a aquellos que la ley somete a cierta formalidad que prescribe bajo la pena de inexistencia del contrato y que el consentimiento de las partes es necesario para la perfección de estos contratos como de todos los otros, pero no basta: no tiene valor alguno a los ojos de la ley si no se ha manifestado en las formas prescritas por ella. - "En ausencia de esas formas, cada parte está autorizada a decir 'He consentido, lo reconozco, pero rehuso hacer lo que he prometido, porque mi consentimiento, no habiendo sido dado en forma legal, no me obliga'. Aquí pues, la forma es la que da existen-

cia a la cosa" (5).

Cita luego la obra de Solón "Teoría sobre la Nulidad de los -- Convenios y de los Axtos de todo Género, en Materia Civil", en la que se refiere a formalidades probatorias y solemnidades, pa-
ra anotar textualmente: "¿Qué debe entenderse por acto o contra-
to solemne? Para responder a esta cuestión, es preciso recordar
la distinción que las leyes establecen entre las formalidades -
requeridas solamente probationis causa, y aquellas que se re- -
quieren solemnitatis causa. Una formalidad es prescrita proba--
tionis causa cuando su solo fin es probar la existencia del he-
cho. Es al contrario establecida solemnitatis causa, cuando no-
solamente es exigida para probar el hecho, sino porque el legis-
lador, en razón de la importancia del acto, ha querido rodearlo
de mayor solemnidad, sea para hacer más difíciles la supresión-
o suposición del acto, sea por cualquier otro motivo. La conse-
cuencia de la cual nos ocupamos forma precisamente la diferen--
cia esencial entre las formalidades exigidas probationis causa-
y las exigidas solemnitatis causa, es que las primeras pueden -
ser suplidas, siempre que la prueba que resulte del acto suple-
torio sea tan perfecta como la que resultaría de la formalidad-
misma; en tanto que al contrario, las segundas no habiendo sido
prescritas con el único fin de probar el hecho, el acto al cual
faltara una sola de esas formalidades sería nulo, aún cuando no
hubiera ninguna duda sobre la sinceridad de su contenido. Esta-
nulidad atacaría el acto en su principio, no podría ser cubier-

ta ni por ratificación ni por el lapso del tiempo" (6).

Mas luego Borja Soriano, al hablar de los contratos formales y para distinguirlos de los solemnes, cita a García Goyena refiriéndose al artículo 1187 de su Proyecto de Código Civil Español, que en su párrafo final dice que: "La ratificación o cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquiera tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad; salvo los casos en que la ley especialmente dispone lo contrario" (7).

Esto resulta a todas luces contradictorio, porque se citan criterios opuestos sin cuidarse de emitir alguna opinión acerca de ellos, simplemente se transcriben, así que para Baudry-Lacantinerie y Barde la solemnidad o formalidad, como anotan propiamente estos autores, es elemento de existencia del contrato, en tanto que Solón y García Goyena consideran la solemnidad como elemento de validez de los contratos, disposición recogida por el Código Civil para el Distrito Federal de 1884:

Artículo 1679.- La ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad; exceptuándose los casos en que la ley expresamente dispone lo contrario.

Para Bejarano Sánchez, la importancia social o económica de ciertos actos impone la necesidad de que su exteriorización se realice con determinados ritos que son condición de su existencia, es decir, que es un elemento constitutivo del mismo; si esa forma ritual de celebración falta, el acto no llega a existir, es inexistente. Ejemplifica con el divorcio administrativo que ha de realizarse con la intervención del Oficial del Registro Civil. Anota también, que en el Derecho de Familia hay varios actos jurídicos solemnes: la adopción, la legitimación, el matrimonio y que en cambio, en el Derecho Civil patrimonial es insólito hallar actos solemnes, como no sea la subrogación por pago (8).

Por su parte Domínguez Martínez afirma que la solemnidad es el tercer elemento esencial del negocio jurídico y que consiste en una serie de formalidades indispensables para la estructura misma del acto, como es el matrimonio, el testamento, el reconocimiento de un hijo. Continúa explicando, que consecuencia de esto es que la inobservancia de la solemnidad no permite que su acatamiento sobrevenido traiga aparejada una retrotracción de efectos. Se apoya en el parecer de Rojina Villegas, Ortiz Urquidi, Gutiérrez y González y Flores Barroeta, para terminar diciendo que el legislador se equivocó en cuanto a su terminología y citando para ello las disposiciones en las que, a su juicio, se habla de solemnidades debiendo hablarse de formalidades y viceversa, para demostrar que tales solemnidades, si son omi-

tidas traen aparejada la inexistencia del acto jurídico.

Hasta aquí hemos visto que los autores definen la solemnidad en función de la inexistencia o de la nulidad que trae aparejada - su omisión, pero no entran a la esencia de este concepto, al -- origen y al rol que desempeñan en el acto solemne, conformándose se este último autor, con mencionar, a grosso modo, que los negocios jurídicos solemnes se distinguen en que son otorgados -- por regla general ante algún funcionario público, Juez (Oficial) del registro Civil, notario, etc. (9).

Flores Barroeta expone lo siguiente: "El artículo 1794 del Código Civil enumera como elementos de existencia de los contratos, el consentimiento y el objeto posible. No menciona la solemnidad porque el precepto se refiere a los contratos y en nuestra legislación no hay contratos solemnes, pero sí algunos actos jurídicos que son solemnes. El último elemento de existencia de los actos jurídicos es por tanto la solemnidad, cuando se trate de actos en que dicho elemento es constitutivo, entendiéndose - por qué no se menciona la solemnidad en el artículo 1794" (10).

Enseña Galindo Garfias que el acto es solemne cuando por disposición de la ley, la voluntad del sujeto ha de ser declarada, - precisamente en la forma (y no de otra manera) que el Derecho - ha establecido. Cuando falta la solemnidad prevista en la norma para ciertos actos, la voluntad del sujeto, a pesar de que exist

ta desde el punto de vista psíquico, no tiene vida para el Derecho; porque jurídicamente, la única forma establecida para exteriorizar la voluntad en los actos solemnes, es la vía de la solemnidad requerida. Y continúa este autor diciéndonos que por ello se afirma con razón, que en los actos solemnes, la solemnidad se eleva a la categoría de elemento esencial y que, cuando se trata de actos solemnes y se omite la solemnidad exigida, tales actos no existen en ninguna manera y por lo tanto, no producen ni pueden producir ningún efecto (11).

En tanto que Gutiérrez y González define la solemnidad como el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles, que rodean o cubren la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto. Anota seguidamente este autor que el efecto de esta forma, es darle existencia al acto jurídico, y que así por el contrario ante su falta, por ministerio de ley, la voluntad de los que desean contratar no produce los efectos deseados y el acto no existe.

Critica el artículo 1794 que no incluye en una fracción tercera a la solemnidad como elemento de existencia de los contratos y, justifica "... quizá por no ser ésta un elemento constante en todos los contratos. Ejemplo de típico contrato solemne es el matrimonio, al margen de cualquier consideración de tipo religioso". Anota además como contrato solemne a la subrogación, basándose para ello en supuestas palabras solemnes que han de an

tarse en el documento en que se haga constar dicho contrato y - que derivan del artículo 2059 que dice: Cuando la deuda fuere - pagada por el deudor con el dinero que un tercero le prestare - con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que expresa su respectivo contrato (12).

Considera Gutiérrez y González que se trata de un contrato solemne porque ha de llevar "a fortiori" la frase de que se presta para pagar y si no se incluye tal frase, no hay subrogación, sino que habrá otro acto. Hasta aquí dicho autor. A este respecto es de considerarse que esta expresión o fórmula por sí sola no hace al contrato solemne y ni siquiera es solemne en sí misma, sino que su esencia debe buscarse en la exigencia legal de que ello ocurra cuando la voluntad se haga constar en instrumento público o auténtico. Por otra parte, es interesante la afirmación final de que "... no hay subrogación, sino que habrá - - otro acto" ¿Cómo podría haber otro acto si se afirma que la no-observancia de la solemnidad produce la inexistencia y la - - - inexistencia es la nada? Evidentemente que si no se manifiesta la fórmula de la subrogación se configurará un mutuo.

"Empezaremos por expresar -advierte Ortiz Urquidi" que la solem

nidad, al igual que la forma, es una mera formalidad, pero de -
rango tal que si llega a faltar hace que el negocio no nazca, -
no exista jurídicamente; mientras que si la faltante es la for-
ma (y en esto precisamente se distinguen forma y solemnidad) la
sanción ya no será la inexistencia, sino la nulidad: el negocio
existirá, herido de invalidez, es cierto, y en razón de lo cual
podrá ser anulado, pero existirá" (13).

Otro de nuestros tratadistas, Rojina Villegas, habla extensamen-
te de las formas y manifiesta que son solemnes aquellos actos -
en los que debe observarse una formalidad especial y por escri-
to, otorgándose ante funcionario determinado, bajo la sanción -
de inexistencia si no se cumple. Se distingue el acto solemne -
del formal, en que en el solemne habrá inexistencia si no se ob-
serva la formalidad; en cambio, en el formal habrá simplemente-
nulidad relativa. Por ejemplo -dice- el matrimonio es un acto -
solemne. Si éste no se otorga ante el Oficial del Registro Ci-
vil, registrándose el acto en el libro que determina la ley (li-
bro de matrimonios), no hay matrimonio. Más adelante agrega Ro-
jina Villegas que nuestro Derecho sólo reconoce como actos so-
lemnes ciertos actos del registro civil siendo el principal de
ellos el matrimonio. Los demás actos y contratos nunca son so-
lemnes, afirmando categórico que "No hay contratos solemnes en-
nuestra legislación civil, es decir, cuando la ley requiere una
forma para cierto contrato, se exige simplemente como elemento-
de validez: si no se observa, habrá nulidad relativa, nunca - -

inexistencia" (14).

Hace el autor referencia a las solemnidades en el Derecho francés en el que los contratos mas importantes suelen ser solemnes porque han de otorgarse ante notario y constar en un documento auténtico, pero solo para reiterar, en demasiadas ocasiones, -- que no hay contratos solemnes porque en nuestra legislación civil no se exige la forma como elemento esencial del contrato -- (15); ese es todo el argumento que se utiliza para privar de su carácter solemne a la investidura notarial.

Finalmente haremos alusión a la opinio juris de Sánchez Cordero, quien acerca de este tema manifiesta que los actos del Registro Civil se caracterizan por su formalismo, su fuerza probatoria y su publicidad. Son actos solemnes, es decir, que requieren una forma para su existencia, aunque muchas veces su inobservancia no es sancionada con nulidad. La nulidad sustancial radica en la presencia del juez (oficial) del Registro Civil y la inscripción respectiva. Son también solemnes los testamentos que deben otorgarse observando las formas y solemnidades prescritas en el Código Civil (16).

Observa este autor que resulta sumamente interesante precisar -- el alcance de la forma en nuestro Derecho positivo. En los actos relativos a las personas, el principio general que los gobierna es el de las formalidades ab substantiam, de tal suerte-

que el acto jurídico en cuestión, si aquellos no son satisfechos, no existe. Son actos jurídicos formales en su más estricto sentido. Existen estas formalidades también en el Derecho sucesorio, como es el caso del testamento, que se menciona como uno de los prototipos de los actos jurídicos solemnes.

Advierte este autor que en materia contractual la óptica es diversa, que la ley no hace depender la obligatoriedad del contrato de la observancia de una forma especial. Acepta que en cuanto a las formalidades los contratos se han clasificado en solemnes, reales, consensuales y formales, pero, apoyándose en Pérez Fernández del Castillo, asienta que en nuestro Derecho positivo no hay contratos solemnes (17).

4.- LOS CRITERIOS OPUESTOS.

Todos nuestros autores manifiestan que los negocios del Derecho familiar son solemnes, en tanto que interviene un funcionario público como documentador; los negocios mortis causa son igualmente solemnes y una de sus solemnidades consiste en que se otorguen ante otro funcionario público denominado notario; pero tratándose de contratos se puede apreciar la opinión dominante en la doctrina en la que aparece un apartamiento radical de los lineamientos seguidos por las fuentes del Derecho mexicano, es decir, del Derecho romano, germano, francés, italiano, español, que son también fuentes doctrinales, pues ya dejamos asentado -

el criterio de Bonnecase, Planiol, Ripert, Betti, García Goyena y otros muchos, entre quienes Carbonnier manifiesta con amplia claridad que: "La forma por excelencia es la solemnidad, consistente en un rito de escritura, variable por otra parte, dirigido a llamar la atención de las partes sobre la trascendencia -- del acto. La solemnidad más frecuente es la autenticidad, es decir, la redacción del documento por un funcionario público... - Tratándose de contratos, lo más frecuente es su redacción por un notario" (18).

5.- EL CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

¿Porqué la doctrina nacional ha despojado de solemnidad a la in vestidura notarial, pero sólo tratándose de contratos y no de testamentos? No hay una explicación por parte de ninguno de los autores en este punto, como si pudiera mudarse la esencia de -- las cosas en forma caprichosa, pero tal vez sirva como explicación, mas no como justificación, la siguiente tesis emitida por el más alto tribunal del país:

Compraventa de inmuebles. Falta de escritura pública-
ante notario.- La escritura pública ante notario exigida por la ley para la compraventa de inmuebles, no implica una solemnidad cuya falta tenga como consecuencia la nulidad absoluta del contrato, ni impide - que el mismo produzca efectos. El cumplimiento volun-

tario se tiene como ratificación, y extingue la acción de nulidad, por lo que cada uno de los contratantes puede exigir del otro, el otorgamiento de la escritura respectiva.

(Jurisprudencia definida hasta 1965, Cuarta Parte, -- Vol. I, tesis 111, pág. 338)

Evidentemente tampoco se explica aquí una razón que valga jurídicamente para negarle su investidura solemne al notario. No podríamos precisar quien impresionó a quien; si la doctrina jurídica nacional obró sobre el criterio de la Corte o viceversa, - lo cierto es que continuamos a la espera de una respuesta. En este asunto al menos Sánchez Cordero reconoce haber recibido la influencia jurisprudencial, refiriéndose a ella en los siguientes términos:

Nos resta exclusivamente considerar cuál es la función de la escritura pública en nuestro derecho positivo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (Tesis 116, Jurisprudencia), a propósito del contrato de compraventa ha establecido que la escritura pública ante notario exigida por la ley para la compraventa, no implica ninguna solemnidad y que por lo tanto el contrato produce sus efectos entre las partes.

El cumplimiento voluntario de un contrato no solemne,

surte efectos de ratificación y extingue la acción de nulidad por falta de forma (Tesis 253, Jurisprudencia) (19).

Por otra parte se advierte una tendencia generalizada de definir las solemnidades en razón del tipo de sanción que recaerá al acto si no se observan, mas no en razón de su función en el negocio, que tan acertadamente precisara el Doctor Angélico al referirse a las solemnidades en el Derecho canónico.

6.- NUESTROS NEGOCIOS SOLEMNES.

Vimos ya que los romanos fueron esencialmente formalistas en sus expresiones jurídicas, y que fueron los canonistas quienes introdujeron la noción de lo consensual. Ambas corrientes penetran en Alemania, donde ya se conocían estas tendencias, lo consensual por lo rudimentario de su Derecho y lo solemne por algunas de sus formalidades esenciales como la "palmada" y el Registro del Conservador. Este país va a considerar las dos corrientes para crear sus actos consensuales y distinguirlos de los solemnes. Tomando la idea romana van a ser solemnes todos aquellos en que deba intervenir una persona dotada de investidura pública, en tanto que son consensuales las expresiones de voluntad celebradas entre y ante particulares. Así es como pasaron sus principios a Francia y en general a Europa Occidental y posteriormente a América. Lo importante ahora es dilucidar qué im-

presión tuvo de las solemnidades el legislador del Código Civil mexicano de 1928.

Del texto de este Código podemos advertir que son solemnes los negocios del Derecho de familia que han de autorizarse y pasar ante la presencia del oficial del Registro Civil para que se hgan constar en documento auténtico.

El testamento es la solemne expresión de voluntad, aunque el legislador no quiso hablar de testamentos solemnes y menos solemnes, sino que se refiere a testamentos ordinarios y testamentos especiales, por lo que nosotros tenemos que entrar al estudio de lo solemne para calificar estos actos.

Finalmente son solemnes los convenios en que la ley obliga la intervención de un notario que dé autenticidad al acto. El legislador empleó indistintamente las palabras "formalidades" y "solemnidades", porque así fueron sus fuentes en las que estas palabras son sinónimos. Las disposiciones legales a este respecto son las siguientes:

Art. 73.- Si el nacimiento ocurriere en un buque extranjero, se observará, por lo que toca a las solemnidades del registro, lo prescrito en el artículo 15.

Art. 103 bis.- La celebración conjunta de matrimonios

no exime al juez del cumplimiento estricto de las solemnidades a que se refieren los artículos anteriores.

Art. 206.- Todo lo relativo a la formación de inventario y solemnidades de la partición y adjudicación de los bienes, se regirá por lo que disponga el Código de Procedimientos Civiles.

Art. 250.- No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial.

Art. 1486.- El testador que se encuentre en el caso del artículo que precede podrá, luego que cese la violencia o disfrute de la libertad completa, revalidar su testamento, con las mismas solemnidades que si se otorgara de nuevo. De lo contrario será nula la revalidación.

Art. 1519.- Las formalidades se practicarán acto continuo y el notario dará fe de haberse llenado todas.

Art. 1520.- Faltando alguna de las referidas solemnidades quedará el testamento sin efecto, y el notario será responsable de los daños y perjuicios e incurri-

rá, además, en la pena de pérdida del oficio.

Art. 1526.- El notario dará fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades requeridas en los artículos anteriores; esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento, que llevará las estampillas del timbre correspondientes, y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien, además, pondrá su sello.

Art. 1533.- El que solo sea mudo o solo sordo, puede hacer testamento cerrado con tal que esté escrito de su puño y letra, o si ha sido escrito por otro, lo -- anote así el testador, y firme la nota de su puño y letra, sujetándose a las demás solemnidades precisas para esta clase de testamentos.

Art. 1534.- El testamento cerrado que carezca de alguna de las formalidades sobredichas, quedará sin efectos, y el notario será responsable en los términos -- del artículo 1520.

Art. 1540.- El testador puede retirar, cuando le parezca, su testamento; pero la devolución se hará con las mismas solemnidades que la entrega.

Art. 1558.- En cualquier tiempo el testador tendrá el derecho de retirar del archivo, personalmente o por medio de mandatario con poder solemne y especial, el testamento depositado; haciéndose constar la entrega en una acta que firmarán el interesado y el encargado de la oficina.

Art. 1758.- Si para hacer los pagos de que hablan los artículos anteriores no hubiere dinero en la herencia el albacea promoverá la venta de los bienes muebles y aún de los inmuebles, con las solemnidades que, respectivamente se requieran.

Art. 2316.- El contrato de compraventa no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre un inmueble.

Art. 2772.- El contrato de renta vitalicia debe hacerse por escrito, y en escritura pública cuando los bienes cuya propiedad se transfiere deban enajenarse con esa solemnidad.

En esta forma previó el legislador de 1928 negocios solemnes en el Derecho de familia, en el sucesorio y en el contractual. Nótese la redacción del artículo 1558 arriba transcrito cuando se nos indica que el testador puede retirar del archivo de notari-

as su testamento, personalmente, o bien, por medio de mandata--
rio con "poder solemne y especial". Evidentemente que el poder--
solemne es aquel que se otorga ante notario. Pero si existiese--
duda respecto a esto, el artículo 2772 dice expresamente que la
escritura pública es una solemnidad.

Abundando en esto, traemos a cuentas la Ley del Notariado para--
el Distrito Federal y Territorios, publicada en el Diario Ofi--
cial el 23 de febrero de 1946 y que decía:

Art. 2º. Notario es la persona investida de fe públi--
ca para hacer constar los actos y hechos jurídicos a
los que los interesados deban o quieran dar autentici
dad conforme a las leyes, y autorizada para interve--
nir en la formación de tales actos o hechos jurídicos,
REVISTIENDOLOS DE SOLEMNIDAD Y FORMA LEGALES.

Sin mayores contemplaciones la ley del notariado en vigor borró
esta disposición que contribuía definitivamente a la compren--
sión del hoy problema, lo que nos permite afirmar que las modi--
ficaciones que los legisladores han hecho a las leyes en la ma--
teria no parecen haber sido razonadas con el cuidado que toda --
enmienda precisa, mas también pueda ser que nuestras cortas lu--
ces no permitan entender el comportamiento y los motivos del le
gislador del Distrito Federal.

Conforme a lo que se ha venido señalando, podemos decir que los negocios solemnes en este Derecho son los que a continuación citaremos.

6.1. NEGOCIOS SOLEMNES DEL DERECHO DE FAMILIA

Anotamos en primer lugar y por considerarse el modelo de nego--cio solemne en el Derecho de familia, al matrimonio, que preci--sa:

A.- Presentación de una solicitud ante el oficial o el - - juez del Registro Civil;

B.- Reconocimiento de firmas de quienes presentan la soli--citud así como de los ascendientes o tutores que hayan prestado su consentimiento en el caso de los menores, por separado y an--te el propio oficial o juez del Registro Civil;

C.- Ratificación, bajo protesta de decir verdad, ante el - mismo funcionario, de las declaraciones de los testigos que co--nozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimen--to legal para casarse;

D.- Comparecencia ante el juez u oficial del Registro Ci--vil, de los pretendientes o de su apoderado legal y de los tes--tigos, en el lugar, día y hora designados para la celebración - del matrimonio;

E.- Lectura en voz alta por parte del mismo funcionario, - de la solicitud de matrimonio y demás documentos que con ella -

se hayan presentado;

F.- Interrogatorio que hará el oficial o juez del Registro Civil a los testigos, acerca de si los pretendientes son las -- mismas personas a que se refiere la solicitud;

G.- Las palabras formularias consistentes en la pregunta - directa a los pretendientes de si es su voluntad unirse en ma-- trimonio;

H.- La respuesta de aceptación lisa y llana de los contra- yentes;

I.- Otra fórmula verbal consistente en la declaración ofi- cial del funcionario del Registro Civil de considerarlos unidos en nombre de la ley y de la sociedad;

J.- Levantamiento del acta de matrimonio con la firma e im presión digital de todos los que intervinieron en el acto.

La legitimación de hijo es también un negocio solemne por cuan- to precisa realizarse precisamente ante el oficial o juez del - registro Civil, antes de la celebración del matrimonio, en el - acto mismo de la celebración, o bien, durante la vida de dicho- matrimonio.

El reconocimiento de hijos es solemne porque debe manifestarse la voluntad en una de las siguientes formas:

A.- Por acta especial ante el mismo oficial o juez del Re- gistro;

- B.- Por medio de escritura pública otorgada ante notario;
- C.- Por medio de testamento, acto también solemne; y
- D.- Por confesión directa y expresa en comparecencia ante juez común.

También la adopción, que es más un negocio procesal que sustantivo, resulta solemne porque invariablemente debe realizarse -- mediante comparecencia y aprobación de un funcionario judicial.

6.2. NEGOCIOS POST-MORTEM

Conforme a las formas de los testamentos en ordinarias y especiales, sus solemnidades particulares se hacen consistir en lo siguiente:

- A.- Testamento público abierto:
 - a.- Comparecencia ante notario;
 - b.- Presencia de tres testigos;
 - c.- Manifestación de la voluntad del testador ante el notario y los testigos, en forma clara y terminante;
 - d.- Unidad del acto;
 - e.- Redacción del documento y su lectura en voz alta a cargo del notario;
 - f.- Que el testador manifieste su conformidad con lo escrito y,

g.- Firma de todos los que hayan intervenido.

B.- Testamento público cerrado:

a.- Rúbrica del testador en todas las hojas que contengan el testamento;

b.- Exhibición del testamento ante el notario y en presencia de tres testigos;

c.- La declaración personal del testador de que en ese pliego está contenida su última voluntad, y

d.- Fe notarial del otorgamiento, firmada por todos -- los que hayan intervenido y sellada por el notario.

C.- Testamento ológrafo:

a.- Comparecencia en forma personal del testador, ante el director del Archivo General de Notarías;

b.- La fórmula solemne escrita en la cubierta del so-- bre que contiene el testamento: "Dentro de este sobre se contiene mi testamento", y

c.- La fórmula también solemne escrita por el titular-- del Archivo General de Notarías: "Recibí el pliego cerrado que-- el señor ... afirma contiene original su testamento ológrafo, - del cual, según afirmación del mismo señor, existe dentro de este sobre un duplicado".

D.- Testamento privado:

- a.- Presencia o cercanía de la muerte;
- b.- Expresión clara y terminante de la voluntad del --
testador;
- c.- Presencia de cinco testigos idóneos o al menos - -
tres, en casos de suma urgencia, y
- d.- Unidad del acto.

E.- Testamento militar:

- a.- En realidad esta es la forma más sencilla de tes--
tar; ante la cercanía de la muerte por las pocas posibilidades-
de salir con vida de un combate, basta manifestar la voluntad a
los compañeros de armas que puedan estar presentes.

F.- Testamento marítimo:

- a.- Debe ser escrito en presencia de dos testigos y ca-
pitán del barco ante la cercanía de la muerte;
- b.- La lectura en voz alta de la voluntad declarada;
- c.- Firma de todas las personas que hayan intervenido;
- d.- Unidad del acto, y
- e.- Mención especial en el diario del navío.

G.- Testamento otorgado en país extranjero:

Por lo que se refiere al testamento otorgado en país extranjero tenemos que decir que no se trata precisamente de un testamento especial puesto que no se dicta ante la cercanía de la muerte y por lo tanto no está exento de las formalidades prescritas para los testamentos ordinarios; lo único que tiene entonces de extraordinario es que si se dicta en un país extranjero tendrá que hacerse conforme a las leyes del país de que se trate, circunstancia por demás lógica. Por lo demás, si este testamento se realiza en algún país de la familia romano-germánica, ya conocemos la forma de testar que no es diferente a la nuestra.

6.3. NEGOCIOS INTER VIVOS.

Los negocios inter vivos reconocen, en su gran mayoría, como única solemnidad la comparecencia ante un notario público, el cual es la persona autorizada por la ley para dar autenticidad a estos actos redactando el instrumento público. Si bien, ocasionalmente se presentan contratos en los que únicamente las firmas han sido ratificadas ante notario, lo cual los hace igualmente solemnes y también ocasionalmente pueden presentarse a esto mismo ante un juez u otra autoridad de carácter administrativo. Así, son solemnes los siguientes negocios:

A.- Contratos traslativos de propiedad:

a.- Las capitulaciones matrimoniales de la sociedad --

conyugal cuando afecte bienes inmuebles;

b.- La permuta que comprenda bienes raíces;

c.- La donación de inmuebles.

B.- Contratos constitutivos de derechos reales:

a.- Usufructo, uso, habitación y servidumbre;

b.- La prenda que ha de otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad para que surta - - efectos contra terceros, y

c.- La hipoteca.

C.- Contratos no traslativos de propiedad:

a.- El mandato que ha de otorgarse en escritura pública o en carta poder firmada ante y por dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, juez o autoridad administrativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 2551 del Código Civil.

b.- El contrato de sociedad cuando algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación deba hacerse en escritura pública, y

c.- El contrato de renta vitalicia sobre bienes inmuebles.

6.3.1. LA SUBROGACION.

Renglón aparte hacemos de la subrogación en virtud de que, en opinión de algunos de nuestros autores, es el único contrato solemne, quienes afirman que la solemnidad de este acto consiste en que debe expresarse la fórmula de que uno está prestando dinero a otro precisamente para el pago de una deuda específica.- Acudimos al texto legal para determinar la certeza de estas afirmaciones:

Art. 2059.- Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con el dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó solo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato.

Atentos a lo que ordena esta disposición legal, efectivamente, los autores tienen razón al decir que la subrogación es un negocio solemne, mas no por el parecer que exponen al manifestar -- que la ley impone una fórmula solemne que no se precisa en el artículo 2059 que solo obliga a declarar que el dinero fue prestado para el pago de determinada deuda; aquí no podemos ver una fórmula solemne, así que la única solemnidad se presenta en la subrogación por la circunstancia de que es una exigencia del De

cho que se haga constar en título auténtico que indudablemente podrá ser un documento notarial, en ausencia del cual habrá - - otro tipo de negocio no solemne.

7.- FUNCION DE LOS REGISTROS PUBLICOS.

Ya hemos visto en otro capítulo de este trabajo, cuál es la función del Registro Civil que, como su nombre lo indica, no se -- trata sino de registrar los actos relacionados con el estado civil de las personas físicas. El registro en sí no constituye solemnidad alguna sino que el acto ha de celebrarse en presencia del Oficial o Juez, para que se diga solemne. Así, el registro de un nacimiento o de una defunción no son actos solemnes. Ahora es conveniente hablar de la función de otro registro que es el de la Propiedad.

Anteriormente vimos que el Registro del Conservador (en México-Registro de la Propiedad), nació en Alemania y que no fue conocido originalmente por los romanos. Se asentaban allí los negocios sobre tradición de inmuebles, pero su inscripción se elevó al rango de un acto creador de derechos, en forma tal, que una transmisión de propiedad sin inscripción no era una verdadera - transmisión, de aquí que se creara el registro como acto solemne cuya formalidad consistía en la comparecencia de las partes-contratantes ante el registrador, y frente a frente declaraban su voluntad.

En México nada ocurre de esta manera, antes bien, para la celebración de una compraventa, permuta, donación, usufructo, etc., relacionada con bienes inmuebles y que deben por lo tanto inscribirse en el registro de la Propiedad para que surtan efecto frente a terceros, no se requiere la comparecencia de las partes ante el Director de la dependencia ni autoridad alguna, como tampoco se expresa la voluntad ante ellos ni mucho menos -- existen fórmulas verbales para esto sino que mas bien se trata de meros trámites de escritorio que el propio notario se encarga de prever.

7.1. LA SOLEMNIDAD DEL REGISTRO EN EL TESTAMENTO OLOGRAFO.

¿Porqué si hemos dicho que el registro no constituye una solemnidad, ahora asentamos que el registro es solemne en el caso -- del testamento ológrafo?

Dijimos que todas las disposiciones de última voluntad son solemnes; unas porque se hacen ante la cercanía de la muerte, las otras porque se otorgan ante notario público con el rito solemne que establece la ley, pero nos queda fuera el testamento ológrafo que no parece encuadrar en estos dos tipos, así que precisaremos porqué la participación del registro en el Archivo General de Notarías se vuelve, en este caso, solemne., acudiendo al texto de la ley para su explicación:

Art. 1553.- El testador hará por duplicado su testamento ológrafo e imprimirá en cada ejemplar su huella digital. El original dentro de un sobre cerrado y lacrado será depositado en el Archivo General de Notarías, y el duplicado también cerrado en un sobre lacrado y con la nota en la cubierta a que se refiere el artículo 1555, será devuelto al testador. Este podrá poner en los sobres que contengan los testamentos, los sellos, señales o marcas que estime necesarios para evitar violaciones.

Art. 1554.- El Depósito en el Archivo General de Notarías se hará personalmente por el testador quien si no es conocido del encargado de la oficina debe presentar dos testigos que lo identifiquen. En el sobre que contenga el testamento original el testador de su puño y letra pondrá la siguiente nota: "DENTRO DE ESTE SOBRE SE CONTIENE MI TESTAMENTO". A continuación se expresará el lugar y la fecha en que se hace el depósito. La nota será firmada por el testador y por el encargado de la oficina. En caso de que intervengan testigos de identificación, también firmarán.

Art. 1555.- En el sobre cerrado que contenga el duplicado del testamento ológrafo se pondrá la siguiente constancia extendida por el encargado de la oficina:-

"RECIBI EL PLIEGO CERRADO QUE EL SEÑOR
AFIRMA CONTIENE ORIGINAL SU TESTAMENTO OLOGRAFO, DEL-
CUAL, SEGUN AFIRMACION DEL MISMO SEÑOR, EXISTE DENTRO
DE ESTE SOBRE UN DUPLICADO". Se pondrá luego el lugar
y la fecha en que se extiende la constancia, que será
firmada por el encargado de la oficina, poniéndose --
también al calce la firma del testador y de los testi-
gos de identificación, cuando intervengan.

Art. 1556.- Cuando el testador estuviere imposibilita-
do para hacer personalmente la entrega de su testamen-
to en la Oficina del Archivo General de Notarías, el
encargado deberá concurrir al lugar donde aquel se en-
contrare, para cumplir las formalidades del depósito.

Verdaderamente se trata de un acto de la mayor solemnidad que -
nos recuerda mucho al Derecho romano y al germánico; al primero
por lo imperativo y categórico de las fórmulas (Derecho formula-
rio) que encadenan el acto; en este caso el legislador estable-
ció las palabras exactas que han de constar en el sobre en que-
se contengan el testamento y su duplicado. Recuerda al Derecho-
germánico por la exigencia de que el testador debe comparecer -
personalmente ante el funcionario público encargado del Archivo
General de Notarías, así como exigía aquel Derecho que quienes-
celebraban un contrato comparecieran personalmente al Registro-
del Conservador a manifestar frente a frente su voluntad.

El testamento ológrafo debe otorgarse entonces, personalmente, mediante palabras formularias y ante un funcionario público. Este ceremonial es lo que le dará, fundamentalmente, su carácter de negocio solemne que además, es el único que se relaciona con esta clase de registros.

Es así como hemos encontrado una definición de los solemne en los negocios jurídicos, el rol o función genérico de las solemnidades, también han quedado señalados los negocios solemnes de nuestro Derecho sustantivo así como hemos demostrado que sí hay contratos solemnes entre nosotros y falta hablar de un punto -- que se discute en la doctrina jurídica extranjera.

Se preguntan los autores que si es posible que existan contratos solemnes por voluntad de las partes. Contestan los tratadistas que no, porque no estando en el texto de la ley, es decir, por no tratarse de actos típicos o nominados, el Derecho no sanciona el uso de solemnidades y por ende no castiga con pena de nulidad o de inexistencia tales manifestaciones de voluntad. Sobre este asunto considero que se engañan mucho quienes así opinan, toda vez que cualquier contrato consensual o simplemente formal puede ser elevado a solemne por los interesados cuando estos acuerdan otorgar su voluntad ante la fe de público documentador; por supuesto que la función que en este caso tendrá la solemnidad será exclusivamente probationis causa y su omisión no será sancionada en ninguna forma por el Estado.

CAPITULO IV
CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1 Betti, Emilio, "Teoría General del Negocio Jurídico", Traduc--
tor Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Priva--
do, Madrid, 1956, p. 98.

- 2 "Diccionario Jurídico Mexicano", Universidad Nacional Autónoma
de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Tomo IV, México, 1984.

- 3 Betti, Ob. Cit., pp. 97-98.

- 4 Diccionario...

- 5 Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", --
Ed. Porrúa, México, 1984, p. 188.

- 6 Ibid., p. 198.

- 7 Ibid.

- 8 Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", Ed. Harla, --
México, 1980, p. 75.

- 9 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, "Derecho Civil, Parte Gene

ral, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez"
Ed. Porrúa, México, 1990, pp. 549-560.

10 Citado por Martínez Domínguez, Ob. Cit., p. 557.

11 Galindo Garfias, Ignacio, "Derecho Civil, Personas y Familia"
Ed. Porrúa, México, 1980, pp. 237-238.

12 Gutiérrez y González, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones"
Ed. Cajica, Puebla, México, 1984, pp. 241-242 y -
778.

13 Citado por Martínez Domínguez, Ob. Cit., p. 555.

14 Rojina Villegas, Rafael, "Derecho Civil Mexicano, Introduc- -
ción y Personas", Tomo Primero, Ed. Antigua Librería -
Robledo, México, 1959, pp. 346 y 347.

15 - - - - - , "Derecho Civil Mexicano, Obligacio--
nes", Tomo Quinto, Vol. I, Ed. Antigua Librería Roble-
do, México, 1960, p. 425.

16 Sánchez Cordero, Jorge A., "Derecho Civil" Universidad Nacio-
nal Autónoma de México/Instituto de Investigaciones-
Jurídicas, México, 1983, p. 96.

17 Ibid., pp. 95-96.

18 Carbonnier, Jean, "Derecho Civil, El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual", Tomo II, Traductor Manuel Zorrilla Ruiz, Barcelona, 1971, p.319.

19 Sánchez Cordero, Ob. Cit., p. 96.

CAPITULO V
NATURALEZA JURIDICA DE LAS SOLEMNIDADES
EN EL NEGOCIO JURIDICO

1.- MARCO TEORICO.

Se afirma que en la Teoría General de los Negocios Jurídicos no existe una concepción uniforme sobre qué son las solemnidades y cuál es su rol como requisito del acto solemne. Por lo que hace a la primera pregunta creemos haber demostrado ampliamente, a través de los capítulos anteriores de este trabajo, que se trata de condiciones o requisitos de forma que deben revestir algunos negocios con la finalidad de llamar la atención a las partes sobre la importancia o trascendencia para la vida jurídica, económica o social de las personas, del acto que en ese momento se está celebrando y prevenirlos contra su propia eventual ligereza. En qué consisten las solemnidades, esto depende del tipo de negocio pudiendo consistir en un ritual de escritura, palabras formularias, intervención de persona dotada de autoridad pública y otras.

En cuanto a la siguiente cuestión cabe ahora preguntarnos efectivamente, cuál es la función de las solemnidades dentro del negocio jurídico, pues como bien lo escribe Rozas "La generalidad de los autores expresan y la mayoría de los profesores enseñan que son requisitos de existencia en los actos jurídicos solem--

nes. Sin embargo, incontable es el número de ellos que después de sostener que son requisitos de existencia expresan que su omisión se sanciona con la nulidad absoluta. Lo que es una inconsecuencia, pues si se omite un requisito de existencia la sanción que debiera imponerse al acto en que ello ocurre es la inexistencia... Otros autores y profesores, la menor parte de ellos, creen que las solemnidades son requisitos de validez de los actos jurídicos solemnes y que su omisión se sanciona con la nulidad absoluta" (1). Parece que esta es la tónica presente en todas partes. Se queja este autor del legislador que creó tantas contradicciones en la ley chilena, pero concluye en que, para determinar si una solemnidad es requisito de existencia o de validez del acto jurídico, debe analizarse cada situación en particular. Ver si en esa situación el consentimiento se manifiesta a través de la solemnidad y si las obligaciones que emanan del referido acto jurídico, en caso de omitirse dicha solemnidad, pueden o no cumplirse como naturales (2).

El propio Bonnacase se duele de la confusión engendrada por la terminología en materia de ineficacia de los actos jurídicos, afirmando que nunca se apreciará severamente esta confusión y que por ello, tanto en el Código Civil (francés), como en la doctrina, los términos más opuestos y sin relación se emplean para designar una sola y misma cosa, de lo que resulta que los autores definen los términos usados para calificar los diversos grados de la ineficacia, emplean dichos términos unos por otros,

si bien, él estima que la solemnidad es una condición de existencia de los actos jurídicos (3). Mas si acudimos a Ghestin, - este autor afirma que:

Il n'y a de formalisme au sens étroit du terme que si le consentement doit être exprimé, a peine de nullité, dans une forme déterminée...

Cette définition correspond exactement aux contrats - solennels...

La forme imposée par la loi a peine de nullité ne - - peut être remplacée par une autre qui serait tenue -- pour équivalente (4).

Es decir, que en opinión de este autor no hay mas formalismo en el sentido estricto del término que el expresado, bajo pena de nulidad, en una forma determinada, correspondiendo esta definición exactamente a los contratos solemnes. E insiste en que la forma es impuesta por la ley bajo pena de nulidad y que no puede ser reemplazada por ninguna otra que se tenga por equivalente.

Por su parte, Carbonnier enseña que la forma por excelencia es la solemnidad, consistente en un rito de escritura dirigido a llamar la atención de las partes sobre la trascendencia del acto; que la solemnidad más frecuente es la autenticidad, esto es, la redacción del documento por un funcionario público y, lo ca-

racterístico de este autor es la expresión de que, en cualquier caso, no hay solemnidad por el mero hecho de que la ley exija - esto, si no lo hace bajo pena de nulidad, pues en tal caso se - considera que el escrito es ad probationem y no ad solemnita- - tem; "El interés de la distinción reside en que la ausencia de- la forma escrita solemne es irreparable, mientras que la forma- escrita probatoria no produce la nulidad del contrato y puede - suplirse con otros medios de prueba, como la confesión o el ju- ramento (5). Al menos coinciden ambos autores, Ghestin y Carbo- nnier en que la solemnidad es impuesta por la ley, bajo pena de nulidad y que no puede ser reemplazada o sustituida por ningún- medio.

Ihering, citado por Bonnacase, en uno de sus comentarios nos di- ce que "La forma es para el acto jurídico, lo que la acuñación- para la moneda. Pero debe precisarse lo anterior. Es evidente - que un metal, por precioso que sea, sólo se transforma en mone- da por la acuñación. Pero, por lo menos conserva, independiente- mente de la acuñación, un valor intrínseco; no sucede esto con- el acto jurídico formal; si la manifestación de voluntad no se- sujeta a la forma prescrita, es inexistente" (6).

Realmente no hay unidad en la doctrina francesa en la que toda- vía podemos citar a otros autores como a Ripert, que en este -- punto asegura que en la práctica actual, la solemnidad consiste en la necesidad de hacer comprobar por escritura pública el - -

acuerdo de voluntades. Así ocurre con la donación ostensible y con el contrato de matrimonio. A falta de la redacción de esa escritura el contrato será nulo de nulidad absoluta (7). Planiol y Ripert en su Tratado de Derecho Civil Francés asientan algunos puntos muy importantes para el esclarecimiento del problema:

CONTRATOS SOLEMNES. Definición y distinción.

Se entiende por solemne un contrato en el que la voluntad de las partes expresada sin formas externas determinadas no es bastante a perfeccionarlo, exigiendo la ley, además, ciertas formalidades particulares a falta de las cuales el contrato está afectado de nulidad, aún entre las partes contratantes.

No hay que confundir esas reglas tocantes a los requisitos formales necesarios para la validez del contrato:

1° ni con las autorizaciones necesarias para la habilitación de un contrato incapacitado, aún cuando a veces se haga alusión a la falta de formas jurídicas y aunque la sanción sea la misma para ciertos contratos;

2° ni con la redacción del escrito necesario para la prueba del acto jurídico, bien sea en virtud de las reglas normales de la prueba, sea porque la ley exija especialmente la redacción de un documento por escrito;

3° ni con el cumplimiento de la formalidad fiscal de inscribirlo en determinado registro, aún cuando tal cosa sea obligatoria en cuanto a los contratos sinagmáticos y dé al contrato fecha cierta respecto a los terceros;

4° ni con las medidas de publicidad necesarias para que el contrato pueda perjudicar a tercero, como la inscripción de las hipotecas, la transcripción de las ventas, transmisión de dominio de los buques y aeronaves, significación o notificación de la cesión de créditos;

5° ni con las reglas imperativas que establecen ciertas formalidades si bien su observancia viene solamente sancionada por disposiciones disciplinarias y penales (8).

Estos dos autores denominan "contratos" no solo al matrimonio, sino también a la adopción, a la cesión del derecho de guarda y a otros actos relativos a la familia, lo cual no deja de llamarnos la atención.

Verdaderamente contradictorio resulta el parecer de Mazeaud y León, quienes luego de expresar que la forma es un requisito de validez, agregan que a falta de la misma, los contratos solemnes no existen, y al formular conclusiones asientan que la ausencia de solemnidades tiene como consecuencia la nulidad del -

acto (9).

Hemos citado abundantemente la doctrina francesa por la tradición que existe en México de seguir los lineamientos jurídicos de esta escuela, al menos por la mayoría de los autores nacionales, pero podemos acudir también a Messineo, de gran influencia entre nosotros. Escribe Messineo:

Sono elementi essenziali, o costitutivi, o intrinseci del contratto: il consenso, la causa lecita, una prestazione (possibile, lecita e determinabile), la forma (quando sia richiesta ad substantiam) e in un caso -- (1345) il motivo lecito; la deficienza di anche un solo di tali elementi induce nullità (1418 secondo comma (10)).

Así pues, la forma cuando es impuesta como requisito sustancial del contrato es, junto al consentimiento, la causa lícita, el objeto posible, lícito y determinable y el motivo igualmente lícito, un elemento esencial, o constitutivo o intrínseco, cuya omisión es sancionada con la nulidad del acto. Más adelante reafirma asentando que la forma puede ser impuesta por la ley con función constitutiva, faltando la cual el contrato es inválido también entre las partes:

Va premesso che la forma del contratto é libera, four

ché nei casi in cui la legge richiede la scrittura --
privata, ovvero l'atto pubblico, e che la forma, invece
che a scopo probatorio, può essere imposta dalla -
legge con funzione costitutiva; in quest' ultimo caso,
essa é detta necessaria, nel senso che costituisce un
elemento del contratto, mancando il quale, il contra-
tto é invalido anche nei rapporti fra le parti (con--
tratto formale, o solenne; forma solenne o ad substantiam
tiam) (11).

Por su parte, Betti es de la opinión de que el negocio despro--
visto de la forma necesaria, requerida con función constitutiva
(ad substantiam) es nulo y no solamente anulable. Esta nulidad--
no es sanable por confirmación, sino que se precisa de repetir--
el negocio dándole todas las formas establecidas por la ley, pe
ro en este caso se configura uno nuevo que prescinde del nego--
cio anterior. Aunque acepta este autor que esta es una regla ge
neral pero tiene sus excepciones porque algunas veces la inob--
servancia de la forma no acarrea la sanción de nulidad sino la--
simple anulabilidad del negocio, de manera que, de cumplirse --
con la solemnidad omitida en un momento posterior, el negocio -
adquiere la plenitud de los efectos jurídicos propios del tipo--
al que pertenece. Y aún, existen hipótesis en que la inobservancia
de la forma tiene como sanción sólo una limitación de los -
efectos del negocio, o bien la inestabilidad o resolubilidad de
tales efectos (12).

El criterio de Betti nos acerca bastante a lo que puede ser la solución de tan complejo y debatido tema cuando distingue la nulidad de la anulabilidad y la desigual naturaleza que pueden -- presentar los negocios jurídicos. Un poco más adelantaremos trayendo la "opinio juris" de Ruiz Serramalera, quien con mucho -- acierto nos explica que en cada organización jurídica la exigencia de la forma en los negocios jurídicos depende del principio general en el que se base su sistema legislativo, así que la -- forma tiene mayor trascendencia en los negocios de familia o sucesiones y menos en los de obligaciones; si bien, se observan - en este autor algunas imprecisiones en el empleo de los térmi--nos existencia y validez, asienta, sin embargo, que los nego--cios de carácter no contractual como son los del Derecho de familia y los mortis causa, necesitan observar una forma precisa para su existencia; en tanto que los de carácter contractual -- exigen una forma determinada para que tengan validez. En este - punto y refiriéndose a los contratos, concluye con gran razón:

... es indudable que la forma que impone el artículo-1.280 (C.C. español) no puede considerarse como requisito esencial para la validez del negocio (si no existe otra norma que expresamente lo indique). El nego--cio existe y tiene eficacia aunque no se haya observado y aunque no se quiera observar. Sin embargo, la -- exigencia de la forma debida por el Art. 1.280, en relación con lo dispuesto por el 1.279, tiene como con-

secuencia el que cada una de las partes de la relación jurídica puede obligar a la otra al otorgamiento de escritura pública o a la redacción de la privada, -naciendo así, dentro de cada negocio, una obligación- más de las que como naturales, le corresponde, pudién- dose por ello, incluso, exigir que sea el juez quien- lo mande ejecutar a costa del obligado, al tenor de - lo dispuesto en el Art. 1.098 del propio CC. (13).

Completamos nuestro marco teórico acudiendo a la doctrina nacional, que ya ha quedado expuesta en el Capítulo anterior, por lo que resumidamente anotaremos aquí que absolutamente todos nues- tros autores nos definen la solemnidad en razón de la inexistenncia que, según su parecer, recae al acto celebrado sin la observancia del molde formal legalmente prescrito para el caso de -- que se trate, anotando la solemnidad como un tercer elemento de existencia de los negocios, junto al consentimiento y al objeto. Ya anotamos que Bejarano Sánchez manifiesta que la importancia- social o económica de ciertos actos impone la necesidad de que- su exteriorización se realice con determinados ritos que son -- condición de su existencia y que si esa forma ritual de celebranción falta, el acto no llega a existir. Domínguez Martínez, Gu- tiérrez y González y Flores Barroeta anotan de plano un tercer- elemento de existencia llamado solemnidad. Galindo Garfias pre- cisa que cuando se trata de actos solemnes y se omite la solem- nidad exigida, tales actos no existen en ninguna manera y por -

lo tanto, no producen ni pueden producir ningún efecto. Por su parte Ortiz Urquidi afirma que la solemnidad, al igual que la forma, es una mera formalidad, pero de rango tal que si llega a faltar hace que el negocio no nazca, no exista jurídicamente. En tanto que Rojina Villegas nos ha dicho que, se distingue el acto solemne del formal, en que en el solemne habrá inexistencia si no se observa la formalidad; en cambio en el formal habrá simplemente nulidad relativa. También habíamos señalado anteriormente que en la opinión de Sánchez Cordero las solemnidades son elemento de existencia de los actos jurídicos.

De esta forma, la doctrina nacional es uniforme en cuanto a que las solemnidades son un elemento de existencia de los negocios jurídicos, pero lamentablemente, este no parece ser el tenor de la ley y ni siquiera el de la Jurisprudencia.

2.- EL CODIGO CIVIL Y SUS ARTICULOS 1794 y 1795.

El artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, considerado como el "Código Civil mexicano" por nuestros tratadistas, no obstante que hay en el país tantos códigos civiles como Estados tiene la Federación y que también son mexicanos, contiene, en forma limitativa, los elementos de existencia del contrato, que solo son:

A.- El consentimiento, y

B.- El objeto que pueda ser materia del contrato.

Son dos, entonces, únicamente los elementos esenciales del contrato y de todos los actos jurídicos regulados por este Código, en lo que no se oponga a su naturaleza o a disposiciones especiales de la ley, por mandato expreso del artículo 1859 del mismo cuerpo de leyes; refuerza con el artículo 2224:

El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

En tanto que el artículo 1795 menciona las causas de invalidez:

A.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

B.- Por vicios del consentimiento;

C.- Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;

D.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Complementa el artículo 2228 que ordena que la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad -

relativa del mismo. De donde se desprende que, no siendo la solemnidad elemento de existencia, su omisión acarreará la nulidad absoluta. ¿Quiénes pueden pedir la nulidad del acto? Todos los interesados (Art. 2229), lo mismo que en tratándose de negocios inexistentes.

Los artículos 2231 y 2232 contienen otros principios también relacionados con la forma, aunque no se precisa de si se trata de simple forma o de forma solemne. El primero asienta que la nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida, en tanto que el 2232 ordena que cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

Si el legislador estableció con gran claridad que la falta de forma en el acto jurídico se sanciona con la nulidad absoluta y no con la inexistencia, cabe preguntarnos aquí cómo es que esta sanción es recogida por nuestra doctrina e impartida en las aulas de las escuelas de Derecho del país. Esto hace necesaria -- una breve reflexión acerca de las fuentes del Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

3.- NUESTRAS FUENTES.

En el estudio que nos presenta Batiza, afirma que 921 artículos del proyecto García Goyena y 160 textos de sus concordancias, - motivos y comentarios son fuente del proyecto Sierra, del Código del Imperio y del Código de 1870. Llegando a través de las - concordancias del autor español a nuestra codificación, disposi ciones del Código de Luisiana, Digesto, Código sardo, Partidas, Código holandés, de Vaud, austriaco, Código de Justiniano, prusiano, Instituciones y Código napolitano, y a su vez, las fuentes de los artículos del proyecto García Goyena que pasaron a - nuestro Derecho, unas mil disposiciones del Código Civil francés, ciento setenta y cuatro del Digesto, noventa y ocho de Las Partidas, cincuenta y cinco del Código sardo, treinta y dos del Código de la Luisiana, treinta del Código de Justiniano, veinti nueve del holandés, veintisiete del prusiano, veinte de Las Ins tituciones, veinte del Código de Vaud, catorce de la Novísima - Recopilación, seis del Fuero Real, cinco del Código napolitano, cuatro del Fuero Juzgo y una de las Leyes de Toro (14).

En estos textos no parece que se haya documentado el legislador cuando dispuso en el artículo 1794 que para la existencia del - contrato se requieren consentimiento y objeto, antes bien, pare ce una creación, toda vez que, al menos Batiza no señala ningún antecedente para este artículo, caso contrario a lo previsto -- por el artículo 1795 que contiene los requisitos de validez y - reconoce fuentes bien localizadas en el Código Portugués:

Artigo 643. Para o contrato ser válido devem dar se nele as seguintes condições (Para que el contrato sea válido deben darse las siguientes condiciones:

1º Capacidades dos contraentes; (Capacidad de los contratantes)

2º Mutuo consenso; (Mutuo consentimiento)

3º Objecto possível. (Objeto posible)

En el Código Civil Francés:

Art. 1108. Quatre condicitions sont essentielles pour la validité de'une convention: (Cuatro condiciones son esenciales para la validez de un convenio)

Le consentement de la partie qui s'oblige; (El consentimiento de la parte - que se obliga)

Sa capacité de contracter; (La capacidad de contratar)

Un object certain qui forme la matière de l'engagement; (Un objeto cierto - materia del acuerdo)

Une cause licite dans l'obligation. (Una causa lícita de la obligación).

Y en el Código Civil Italiano:

Art. 1325. I requisiti del contratto sono: (Los requisitos del contrato son)

1) L'accordo delle parti; (El acuerdo de las partes)

2) La causa; (La causa)

3) L'oggetto; (El objeto)

4) La forma quando risulta che é prescritta dalla legge sotto pena de nullità.

(La forma cuando resulta que es prescritta por la ley bajo pena de nulidad)

Adviértase que tan solo éste último cuerpo de leyes alude a la forma y la considera requisito de validez puesto que su omisión

se sanciona con la nulidad, pero sin que se diga qué tipo de nulidad, pero si atendemos a que 921 disposiciones del proyecto - García Goyena pasaron a nuestra ley, tenemos que tomar muy en cuenta el artículo 1187 de aquél proyecto, en el que se especificaba:

Art. 1187.- La ratificación o cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquiera tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad; salvo los casos en que la ley - especialmente dispone lo contrario.

De aquí que la solemnidad era un requisito de validez cuya omisión producía o podía producir la anulación del acto, toda vez que se asentaba la facultad de su ratificación o cumplimiento voluntario, en cuyos casos desaparecía la nulidad. Resulta curioso que esta disposición no sea nueva o no haya sido nueva para nosotros, pues el Código Civil para el Distrito Federal de 1884 ya la contenía en términos idénticos, sólo se variaba la voz "especialmente" por "expresamente", veamos:

Art. 1679.- La ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo en que se hagan, extinguen la acción de nulidad; exceptuándose los casos en que la ley expresamente dispone lo contrario.

El legislador de 1928 partió en dos esta norma (Arts. 2231 y -- 2232), quitó el término "solemnidad" y en vez de haber mencionado los casos de excepción relacionados con el 1679, dejó cabida a toda suerte de interpretaciones sobre el particular, es decir, en cuanto a la naturaleza jurídica de las solemnidades. Por - - otra parte, encontrar el antecedente de la inexistencia como -- sanción a ciertos actos jurídicos, parece que este únicamente - está en el Código Civil Portugués, que parte también del principio de que todo negocio que carezca de la forma legalmente prescrita es nulo, cuando no sea otra la sanción especialmente prevista por la ley (Art. 220.º). Pero aquí sí se contemplan expresamente, casos de inexistencia para el matrimonio:

Artigo 1628.2

(Casamentos inexistentes)

É jurídicamente inexistente:

- a) O casamento celebrado perante quem não tinha competência funcional para o acto, salvo tratándo-se de casamento urgente;
- b) O casamento urgente que não tenha sido homologado;
- c) O casamento em cuja celebração tenha faltado a declaração da vontade de um ou ambos os nubentes, ou do procurador de un deles;
- d) O casamento contraído por intermédio de procurador, quando celebrado depois de ferem cessado os efeitos da procuração, ou quando esta não tenha sido -

otorgada por quem nela figura como constituinte, -
ou quando seja nula por falta de concessão de poderes especiais para o acto ou de designação expressa do outro contraente;

- e) O casamento contraído por duas pessoas do mesmo --
sexo.

Agrupando estas causales de inexistencia en tres tipos, resulta que esta sanción se aplica cuando el matrimonio no se celebró - ante el Oficial del Registro Civil /a y b/, cuando no hubo consentimiento de alguna o ambas partes /c y d/ y tratándose de -- personas del mismo sexo /e/. En materia de testamentos no se habla de inexistencia en la ley, sólo de nulidad, anulabilidad, - revocación y caducidad, y el principio que rije la formalidad - está expuesto en el artículo 220.2:

Artigo 220.2

(Inobservância da forma legal)

A declaração negocial que careça da forma legalmente-prescrita é nula, quando outra não seja a sanção especialmente prevista na lei.

Así, parece ser la única fuente de nuestro Derecho civil que -- contiene, expresamente señalados, negocios afectados de inexistencia, porque ni siquiera el Código Napoleón contempló este tipo de sanción o este término; aún ahora podemos leer en el Dere

cho francés el capítulo: "Des demandes en nullité de mariage", reguladas en los artículos 180 a 202; en su Sección VIII, Capítulo V, regula "Des dispositions testamentaires, de la révocation des testaments, et de leur caducité". El artículo 1001 ordena textualmente que "Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section et de la précédente, doivent être observées à peine de nullité". (las solemnidades de los testamentos deben ser observadas bajo pena de nulidad).

Ni siquiera el Derecho Canónico con sus solemnidades y ritos misteriosos y esotéricos, niega existencia a actos realizados, aun si se cuestiona su validez, al menos, existe una disposición general (Cánon 11) que dice que únicamente invalidan o inhabilitan aquellas leyes en las cuales expresa o equivalentemente se establece la nulidad del acto o la inhabilidad de la persona. - El cánon 1680 preceptúa que solamente es nulo un acto cuando le faltan los elementos que esencialmente lo integran o bien -- las formalidades o condiciones requeridas por los sagrados cánones bajo pena de nulidad.

4.- LAS NOCIONES DE INEXISTENCIA Y NULIDAD.

Los artículos 2224, 2226 y 2227 del Código Civil para el Distrito Federal fijan los alcances o efectos que producen la inexistencia y las nulidades, absoluta y relativa. El acto jurídico - inexistente no produce ningún efecto legal, no puede llegar a -

valer por confirmación ni por prescripción y puede invocarse -- por cualquier interesado. En la nulidad absoluta el acto sí produce efectos, pero serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie judicialmente la nulidad. Igual que la inexistencia -- no hay ni confirmación ni prescripción y puede prevalecerse de -- ella cualquier interesado. La nulidad relativa no impide que el acto produzca todos sus efectos que se destruirán a partir del momento en que se declare por el juez la nulidad; es susceptible de confirmación o de convalidación y sólo puede invocarse -- por las partes directamente interesadas. Estas características -- generales tienen sus muchas excepciones en materia de solemnidades.

Lo que primeramente vale la pena señalar es que todo acto jurídico produce algún efecto en el Derecho, quizá no como el acto que se pretendió celebrar pero sí tiene sus repercusiones y muy serias, en el campo normativo. De aquí que sea un grave desacierto afirmar que un acto jurídico al que le falta un requisito esencial sea la NADA. Un negocio mal hecho no se deshace por sí mismo, antes bien, generalmente necesita de una declaración judicial para destruir los efectos que, en todo caso, sean destruíbles. Por ejemplo, si alguno, sin ser mi procurador o representante, vende a otro un objeto de mi propiedad, esto es, ausencia completa de mi voluntad, ese acto ilícito no es la nada, antes bien, estará vivo y producirá sus efectos varios en el -- campo del Derecho, a extremo tal de mover la maquinaria judi- --

cial, hasta obtener una sentencia definitiva no de inexistencia, sino de nulidad, atentos a lo que dispone el artículo 2270:

La venta de cosa ajena es nula y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe, debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe.

Esta creación de Zachariae, para explicar la sanción a un matrimonio celebrado por personas del mismo sexo, invadió la doctrina jurídica durante mucho tiempo creando mas problemas que resolviéndolos y a pesar de las opiniones acertadas de tan distinguidos estudiosos del Derecho como Capitant y Planiol. En 1945, año en que aparece por primera vez la obra de Lutzesco, la teoría de la nada es abandonada por muchos, si bien, en la doctrina mexicana se encuentra intacta. Dejemos que hable este autor:

El carácter artificioso de la construcción de la teoría de la inexistencia no podía pasar inadvertido por mucho tiempo. Quizás fue comprobado desde luego, pero ninguno tuvo el valor de asumir la responsabilidad de la crítica, ya que nadie quiso incurrir en el riesgo de colocarse en pugna con toda la doctrina (15).

A pesar de que todo acto que incida en el campo del Derecho, -

tiene en él alguna consecuencia, nuestros legisladores incluyeron la inexistencia en el texto de la ley con lo que introdujeron, conjuntamente, un motivo de disgresión, a extremo tal que se ha hecho necesario que la Suprema Corte de Justicia de la Nación interprete para esclarecer el problema que ya ha sido concluido en otros foros. Así por ejemplo, Salamanca, ex-magistrado de la Suprema Corte de Justicia de Colombia ha resuelto que: "La inexistencia es un concepto difícil de aceptar. No hay acción de inexistencia: no hay piso para que un juez se pronuncie sobre ella. La inexistencia es la nada jurídica" (16).

Volvemos a notar la necesidad de que el acto incida en el mundo del Derecho y eso será suficiente para que exista; sólo en caso contrario podemos hablar de inexistencia. Por ejemplo, cuando se habla de que el matrimonio canónico no existe para el derecho de Estado esto es completamente cierto, pues no siendo un acto jurídico tampoco existe en él. Se necesita que lo que se produzca sea un acto jurídico precisamente.

5.- EL CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido acerca de tan debatido tema, la siguiente tesis:

**NULIDAD E INEXISTENCIA, SUS DIFERENCIAS
SON MERAMENTE TEORICAS**

Aún cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal emplea la expresión "acto jurídico inexistente", en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el código los trata como nulidades.

SEXTA EPOCA. Cuarta Parte:

Vol. XI, Pág. 130. A.D. 2596/57. Federico Baños. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XIX, Pág. 172. A.D. 2663/58. Donato Antonio Pérez. 5 votos.

PRECEDENTES Vol. LXVI, Pág. 44 A.D. 1924/60, Pilar Mancilla Pérez.

Unanimidad de 4 votos.

Vol. LXXXVII, Pág. 16. A.D. 8668/62. Pedro Flores López. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XC, Pág. 46. A.D. 1205/52. Manuel - -
Ahued. Unanimidad de 4 votos (17).

Y también resulta oportuno citar aquí otras resoluciones importantes en este punto:

NULIDAD, NO EXISTE DE PLENO DERECHO

Si no hay disposiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza que se reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho, sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente.

QUINTA EPOCA:

Tomo XXV, Pág. 450. Arias Briones Rafael.

Tomo XXX, Pág. 451. Jáuregui Lázaro.

PRECEDENTES Tomo XXXIV, Pág. 2046. Ceballos Vda. de Méndez Concepción, Suc. de.

Tomo XXXVII, Pág. 1153, Kemo Coast Copper Company, S.A.

Tomo XLI, Pág. 1864. Chivo Vda. de Martín Francisca y Coags. Sucs. (18).

NULIDAD POR FALTA DE FORMA

TESIS RELACIONADAS

FORMA DE LOS CONTRATOS, FALTA DE.

La falta de forma establecida por la ley para un contrato, si no se trata de actos solemnes, produce la nulidad relativa, no la inexistencia, y el juzgador no puede tomar en consideración tal nulidad, si no se hace valer como acción o como excepción por los interesados.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XLI, Pág. 84. A.D. 1361/60, Cayetano Muñiz Hernández. Unanimidad de 4 votos (19).

Estas tesis nos motivan las siguientes reflexiones. En la primera, sostiene la Corte que se trata de inexistencias por falta de objeto, pero si atendemos a lo que se ordena en los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, 2950-III, 2042, 2270, 2279, nos percatamos de que sí hay objeto en estos actos. Esto es muy común también en la doctrina y en la cátedra, cuando se alude a los elementos de existencia del contrato se dice simplemente, consentimiento y objeto, sin cuidarse de emplear la fórmula exigida por el legislador que es "Objeto que pueda ser materia del contrato", sólo así se entiende la tesis en comento, porque, efectivamente, en los casos previstos por los artículos señalados, el objeto no puede ser materia de dicho negocio porque es una cosa ajena y ninguno puede vender sino lo que es suyo y porque hay una ley prohibitiva (en los casos de los artículos 1826 relacionado con el 2950 y 2279); por lo que hace al artículo --

1802 ciertamente se trata de ausencia total de voluntad y en todos estos casos el negocio debiera ser inexistente y, sin embargo, el legislador los previó nulos. En cuanto a los artículos 2182 y 2183 que se refieren a la simulación de actos, aquí no es tan sencillo decir que no hay consentimiento, al contrario, existe toda la voluntad para realizar un acto ficticio y así es lo que se declara, lo que se manifiesta, porque lo que importa al Derecho es precisamente la exteriorización de la voluntad. Más bien, debemos considerar que se trata de un objeto ilícito.

Ciertamente en el Código Civil no existe más que un solo caso de inexistencia específicamente señalado y, no obstante, es sancionado con la nulidad absoluta; este es el del artículo 1484.

La tesis que le sigue es de una importancia capital para el tema y qué bueno que lo haya señalado la Corte tan acertadamente. No hay nulidades de pleno Derecho, nada opera por sí solo y, -- por lo mismo, tampoco hay inexistencia que funcione sin la intervención judicial. De aquí la vanalidad de la teoría de la nada, al menos en México.

Cuando ya algo habíamos adelantado aparece una tesis contradictoria y, a nuestro juicio, errónea, por la que se afirma, a contrario sensu, que la falta de forma en los actos solemnes produce la inexistencia, volviéndose a actualizar un problema aparentemente resuelto. Pero lo más notable es que dicha tesis agrega

un tercer elemento de existencia que no aparece en la ley: la solemnidad.

6.- NATURALEZA JURIDICA DE LAS SOLEMNIDADES EN LOS NEGOCIOS CIVILES.

En un punto coinciden Betti y Ruiz Serramalera: la función de las solemnidades es muy importante en los negocios jurídicos, pero su naturaleza depende del principio general en el que se base su sistema normativo. Hay negocios solemnísimos, en cuanto a la gran cantidad de elementos que deben recubrirlo y otros, de mayor sencillez; vamos a precisar cuál sea la naturaleza de ellos atendiendo a tres grandes rubros que se desprenden de la ley: A.- Negocios del Derecho de familia; B.- Negocios mortis causa; C.- Negocios inter vivos.

6.1. EL MATRIMONIO.

Se nos dice que el más solemne de los negocios de familia es precisamente el matrimonio. Esta es una institución de la mayor importancia no sólo para el Derecho sino para toda la sociedad mexicana que finca en ella los principios tradicionales, en cuanto a costumbres y moralidad, en que se sustenta y se ha sustentado la formación inicial de los mexicanos a través de la historia. El matrimonio es considerado como el medio idóneo, legal y moral para fundar una familia. Estando esta conciencia

tan arraigada, es natural que el legislador haya establecido muchos elementos alrededor del acto jurídico, con la finalidad de llamar poderosamente la atención a los contrayentes, dándoles - tiempo para reflexionar y que no actúen con ligereza en un asunto tan delicado como es la fundación de una nueva familia. Así- que se necesitan solicitud, testigos, publicidad, ratificacio-- nes de firmas, lectura, expresiones o fórmulas de viva voz y de más, para obtener la declaración del Estado de estar unidos en- nombre de la ley y de la sociedad. Todo este ritual está debida- mente reglado por los artículos 97, 98, 100. 102 y 103. El cere- monial que se contiene en ellos es impuesto severamente por la- ley, a grado tal que "La celebración conjunta de matrimonios no exime al juez del cumplimiento estricto de las solemnidades a - que se refieren los artículos anteriores" (Art. 103 Bis). Pero- a pesar de tal severidad no se prevén matrimonios inexistentes, antes bien, contiene el Código un Capítulo IX "De los matrimo-- nios nulos e ilícitos", en que se declara nulo el matrimonio en el que no se hayan observado las solemnidades aludidas (Art. - 235). Así pues, en principio, son un requisito de validez, no - obstante la curiosa redacción del artículo 249:

La nulidad que se funde en la falta de formalidades - esenciales para la validez del matrimonio, puede ale- garse por los cónyuges y por cualquiera que tenga in- terés en probar que no hay matrimonio. También podrá- declararse esa nulidad a instancias del Ministerio Pú

blico.

El empleo de la frase "no hay" da lugar a pensar en la inexistencia, sin embargo, es reiterativa la sanción de nulidad y la categorización de las formalidades esenciales como requisito de validez del matrimonio. Este artículo debiera decir "... y por cualquiera que tenga interés en probar que el matrimonio es nulo...". Las solemnidades son, entonces, de observancia obligatoria bajo pena de nulidad, faltando precisar si ésta es absoluta o es relativa y en este punto, el artículo 250 es definitivo:

No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante juez del registro civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial.

En este supuesto, el matrimonio ni siquiera es anulable, toda vez que la posesión de estado convalida cualquier omisión formal, bastando que haya estado presente el juez (oficial) del registro civil. En nuestro parecer, no hay mayor razón que la posesión de estado matrimonial, toda vez que los superiores intereses de la familia y de la sociedad deben prevalecer, resultando más que perjudicial anular el matrimonio que siempre tendrá a su favor la presunción de ser válido (Art. 253). Por lo mismo ni siquiera en el caso de que el juez no haya estado presente es anulable el acto, bastando que el acta sí esté firmada por -

dicho funcionario y con el sello del juzgado (oficialía).

6.2. NEGOCIOS MORTIS CAUSA.

Esta clase de negocios se expresan a través del testamento, acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona ca paz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte (Art. 1295).

Igual que en el caso anterior, el legislador no consideró ningún caso específico de testamentos inexistentes, antes bien, en la misma forma estableció un Capítulo IX "De la nulidad, revocación y caducidad de los testamentos", que en su artículo 1491, establece que el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley. Dichas formas están indicadas en el Título Tercero del Libro respectivo, contándose siete tipos de testamento, atendiendo precisamente a estos requisitos formales que ya quedaron enunciados en el Capítulo IV del presente trabajo, por lo que toca definir ahora cuál es su naturaleza en estos actos tan solemnes.

Los testamentos ordinarios, público abierto, público cerrado y ológrafo celebrados sin las solemnidades de rigor son reputados por la ley como "sin efectos", lo cual no resuelve gran cosa si no fuera por el artículo 1491 que nos habla de nulidad. Así que resta ahora considerar si esta nulidad es absoluta o es relati-

va:

Art. 1520.- (Testamento público abierto) Faltando alguna de las referidas solemnidades quedará el testamento sin efecto, y el notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá, además, en la pena de pérdida del oficio.

Art. 1534.- (Testamento público cerrado) El testamento cerrado que carezca de alguna de las formalidades sobredichas quedará sin efecto, y el notario será responsable en los términos del artículo 1520.

Art. 1550.- (Testamento ológrafo)...

Los testamentos ológrafos no producirán efecto si no están depositados en el Archivo General de Notarías - en la forma dipuesta por los artículos 1553 y 1554.

Un testamento al que falte alguna de sus solemnidades no es - - inexistente, porque la inexistencia, según su creador y seguido res, es la nada y si así fuera no podría exigirse responsabilidad al notario sobre semejante nada. Las solemnidades son un requisito de validez de estos negocios, trátase de nulidad absoluta, fundamentalmente porque, como es obvio, fallecido el autor, no hay ninguna posibilidad de que llegue a valer por confirmación ni por convalidación. Aún en el caso de que, vivo aquél, -

se notara una omisión o deficiencia en el testamento, tendría - que otorgarse nuevamente, destruyendo al anterior.

El testamento privado, el militar y el marítimo, tienen de co-- mún la inminencia de la muerte como mayor solemnidad, en forma-- tal que si ésta no llega, dicho negocio queda sin efecto (Arts. 1571 y 1591). La nulidad que se producirá en estos casos es ab-- soluta y el testador debe otorgar su disposición de última vo-- luntad en forma ordinaria. En este punto tenemos que señalar la impropiedad con que, a veces, manejamos el lenguaje y las figu-- ras jurídicas, pues en estos casos no podríamos decir que el -- testamento se volvió nulo, toda vez que la nulidad se produce -- por la existencia de un defecto o de un vicio anterior o en el momento de realizarse el negocio, por lo que con mayor preci-- sión se puede decir que el testamento caducó. El testamento -- hecho en país extranjero sólo tiene de especial que debe suje-- tarse a las formalidades del país en que se otorgue, en caso -- contrario no producirán efectos (Art. 1593).

6.3. NEGOCIOS INTER VIVOS.

En estos negocios la intervención de notario dotado de fe públi-- ca parece ser la única solemnidad requerida. Abandonadas las -- fórmulas misteriosas y complicadas que utilizaron los romanos, -- e impuesto el principio del consensualismo, la investidura nota-- rial es solicitada por la ley en los negocios que revisten ma--

por trascendencia económica, fundamentalmente, para llamar la -
atención de las partes acerca de las consecuencias y alcances -
que trae aparejada la manifestación del querer o de la voluntad.

Cuando el artículo 1795 dice que : "El contrato puede ser inva-
lidado... porque el consentimiento no se haya manifestado en la
forma que la ley establece", se pronuncia en forma potestativa,
"puede", es decir, el negocio es anulable mas no nulo. No dice-
que el contrato deba ser invalidado. El artículo 1833 refuerza-
en forma definitiva en términos que no dejan lugar a dudas:

Cuando la ley exija determinada forma para un contra-
to, mientras que éste no revista esa forma no será vá
lido, salvo disposición en contrario; pero si la vo--
luntad de las partes para celebrarlo consta de manera
fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se -
dé al contrato la forma legal.

En este tipo de negocios se atiende también al interés más va--
lioso para la sociedad, el más importante de tutelar, por ello,
en virtud de la acción pro forma la omisión de la solemnidad --
puede producir la anulabilidad pero se trata de un defecto sub-
sanable dando al acto la formalidad omitida. Si bien, en esta -
parte del Código aparece un Título Sexto "De la inexistencia y-
de la nulidad" que debe ser bien estudiado porque sus artículos
2228 y 2229 son opuestos a los artículos 2231 y 2232, dándose -

aquí toda una confusión derivada de una defectuosa técnica legislativa que mucho agravia la prudencia del legislador.

El 2228 establece que la falta de forma en los actos solemnes produce la nulidad absoluta (a contrario sensu), y refuerza con el 2229 porque la nulidad absoluta puede ser invocada por cualquier interesado, más seguidamente asienta en el 2231 que la nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley se extingue por la confirmación del acto en la forma omitida y acto continuo, el 2232 repite lo ordenado por el 1833, es decir "Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley". Así, la solemnidad resulta un elemento importante en la donación, pues su omisión puede acarrearle la nulidad, en tanto que en todos los demás negocios dicha situación únicamente puede producir la anulabilidad, esto en el supuesto de que ambas partes estuviesen conformes, pues si al menos una de ellas desea llevar adelante el negocio, su acción debe prevalecer en virtud de dos principios contractuales que son de explorado Derecho:

1º El principio de conservación del contrato, y

2º El principio de que ninguno puede ir en contra de sus propios actos.

Así debe de ser y no como bárbaramente anota Baudry-Lacantinierie, que a falta de formas cada parte puede decir "Es cierto, - he consentido, lo reconozco, pero rehusó hacer lo que he prometido, porque mi consentimiento, no habiendo sido dado en forma legal, no me obliga" (20), volviendo con ello al formalismo romano sujeto a las fórmulas en cuya ausencia no nacía la acción.

Insistimos en que la naturaleza jurídica de las solemnidades debe estudiarse atendiendo al tipo de negocio que se prevea, pues si bien, en los negocios de familia la solemnidad es relevante porque llama poderosamente la atención sobre el gran acontecimiento que tendrá lugar al fundarse una nueva familia; en los testamentos su función es que se respete estrictamente la última voluntad de la persona en virtud de que ésta no podrá encaminar ya ninguna acción que proteja sus intereses y por lo mismo, requiere el apoyo y la fuerza de la ley; en tanto que en los negocios inter vivos su importancia es capital porque da seguridad jurídica a las partes. Para que no anden los hombres perplejos y cavilosos, como decían los romanos, cada tipo de negocio debe resolverse atendiendo al interés tutelado por la ley en función de lo que es bueno y útil para la sociedad y esto es, precisamente, que los negocios se conserven y se respeten, mas no que se destruyan.

7.- EL DERECHO CIVIL DE LOS ESTADOS

No estaría completo este estudio si se dejase de lado a los Estados miembros de la Federación, porque para hablar de las tendencias o disposiciones del Derecho civil mexicano, debe atenderse a cada una de las partes que forman el todo y no referirse exclusivamente al Derecho civil del Distrito Federal; si bien es cierto, ha sido costumbre de los Estados imitar en todo al Distrito Federal, debemos considerar que actualmente podemos encontrar en el país algunas legislaciones nuevas elaboradas en torno a otras ideas. Es bueno que los legisladores locales se preocupen por reformar sus leyes, pero esto sólo será valioso cuando se avanza, se mejoran los contenidos normativos y se ofrece mayor seguridad jurídica a las personas; poco útiles resultan las reformas que crean lagunas en el Derecho e inquietud en la sociedad.

En los siguientes cuadros exponemos una comparación del Derecho Civil para el Distrito Federal y el de los Estados, anotándose primeramente el artículo que se refiere a las solemnidades en aquél cuerpo de leyes y en el listado inmediato los artículos de los Estados que reproducen íntegramente estos contenidos.

Los Estados se listan por orden alfabético y los que no aparecen en estos cuadros son aquellos cuya legislación civil se ha apartado de los lineamientos marcados por el código modelo, es decir, el del Distrito Federal.

CUADRO 1

Artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal

Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato

ESTADO	ARTICULO RELACIONADO
AGUASCALIENTES	1675
BAJA CALIFORNIA	1681
CAMPECHE	1699
COAHUILA	1691
COLIMA	1685
CHIAPAS	1768
CHIHUAHUA	1686
DURANGO	1678
ESTADO DE MEXICO	1623
GUANAJUATO	1281
GUERRERO	1794
HIDALGO	1778
MICHOACAN	1652
MORELOS	1856
NAYARIT	1167
NUEVO LEON	1691
OAXACA	1675
QUERETARO	1678
SAN LUIS POTOSI	1630
SINALOA	1679
SONORA	1925
TABASCO	1695
VERACRUZ	1727
ZACATECAS	1077

CUADRO 2

Artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal

El contrato puede ser invalidado:

I.
II.
III.
IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

ESTADO	ARTICULO RELACIONADO
AGUASCALIENTES	1676
BAJA CALIFORNIA	1682
CAMPECHE	1700
COAHUILA	1692
COLIMA	1686
CHIAPAS	1769
CHIHUAHUA	1687
DURANGO	1679
ESTADO DE MEXICO	1624
GUANAJUATO	1282
GUERRERO	1795
HIDALGO	1779
MICHOACAN	1653
MORELOS	1857
NAYARIT	1168
NUEVO LEON	1692
OAXACA	1676
QUERETARO	1679
SAN LUIS POTOSI	1631
SINALOA	1680
SONORA	1926
TABASCO	1696
VERACRUZ	1728
ZACATECAS	1078

CUADRO 3

Artículo 1832 del Código Civil para el Distrito Federal

En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

ESTADO	ARTICULOS RELACIONADOS
AGUASCALIENTES	1715
BAJA CALIFORNIA	1719
CAMPECHE	1736
COAHUILA	1729
COLIMA	1723
CHIAPAS	1808
CHIHUAHUA	1726
DURANGO	1716
ESTADO DE MEXICO	1661
GUANAJUATO	1319
GUERRERO	1832
HIDALGO	1816
MICHOACAN	1690
MORELOS	1880
NAYARIT	1205
NUEVO LEON	1729
OAXACA	1713
QUERETARO	1716
SAN LUIS POTOSI	1668
SINALOA	1717
SONORA	1949
TABASCO	1733
VERACRUZ	1765
ZACATECAS	No contiene esta disposición

CUADRO 4

Artículo 1833 del Código Civil para el Distrito Federal

Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que este no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

ESTADO	ARTICULO RELACIONADO
AGUASCALIENTES	1716
BAJA CALIFORNIA	1720
CAMPECHE	1737
COAHUILA	1730
COLIMA	1724
CHIAPAS	1809
CHIHUAHUA	1727
DURANGO	1717
ESTADO DE MEXICO	1662
GUANAJUATO	1320
GUERRERO	1833
HIDALGO	1817
MICHOACAN	1691
MORELOS	1881
NAYARIT	1206
NUEVO LEON	1730
OAXACA	1714
QUERETARO	1717
SAN LUIS POTOSI	1669
SINALOA	1718
SONORA	1950
TABASCO	1734
VERACRUZ	1766
ZACATECAS	No contiene esta disposición

CUADRO 5

Artículo 2228 del Código Civil para el Distrito Federal

La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos
solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y -
la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la
nulidad relativa del mismo.

ESTADO	ARTICULO RELACIONADO
AGUASCALIENTES	2099
BAJA CALIFORNIA	2102
CAMPECHE	2119
COAHUILA	2122
COLIMA	2119
CHIAPAS	2202
CHIHUAHUA	2111
DURANGO	2109
ESTADO DE MEXICO	2082
GUANAJUATO	1719
GUERRERO	2228
HIDALGO	2210
MICHOACAN	2084
MORELOS	No contiene esta disposición
NAYARIT	1601
NUEVO LEON	2122
OAXACA	2104
QUERETARO	2110
SAN LUIS POTOSI	2061
SINALOA	2110
SONORA	No contiene esta disposición
TABASCO	2129
VERACRUZ	2161
ZACATECAS	1028*

*Difiere del Distrito federal en cuanto a que sustituye el supuesto "si no -
se trata de actos solemnes" por "si no se trata de actos del estado civil".

CUADRO 6

Artículo 2229 del Código Civil para el Distrito Federal

La acción y la excepción de nulidad por falta
de forma competen a todos los interesados.

ESTADO	ARTICULO RELACIONADO
AGUASCALIENTES	2100
BAJA CALIFORNIA	2103
CAMPECHE	2120
COAHUILA	2123
COLIMA	2120
CHIAPAS	2203
CHIHUAHUA	2112
DURANGO	2110
ESTADO DE MEXICO	2083
GUANAJUATO	1720
GUERRERO	2229
HIDALGO	2211
MICHOACAN	2085
MORELOS	No contiene esta disposición
NAYARIT	1602
NUEVO LEON	2123
OAXACA	2105
QUERETARO	2111
SAN LUIS POTOSI	2062
SINALOA	2111
SONORA	No contiene esta disposición
TABASCO	2130
VERACRUZ	2162
ZACATECAS	1029

CUADRO 7

Artículo 2231 del Código Civil para el Distrito Federal

La nulidad de un acto jurídico por falta de forma
establecida por la ley, se extingue por la confir
mación de ese acto hecho en la forma omitida.

ESTADO	ARTICULO RELACIONADO
AGUASCALIENTES	2102
BAJA CALIFORNIA	2105
CAMPECHE	2122
COAHUILA	2125
COLIMA	2122
CHIAPAS	2205
CHIHUAHUA	2114
DURANGO	2112
ESTADO DE MEXICO	2085
GUANAJUATO	1722
GUERRERO	2231
HIDALGO	2213
MICHOACAN	2087
MORELOS	No contiene esta disposición
NAYARIT	1604
NUEVO LEON	2125
OAXACA	2107
QUERETARO	2113
SAN LUIS POTOSI	2064
SINALOA	2113
SONORA	No contiene esta disposición
TABASCO	2132
VERACRUZ	2164
ZACATECAS	1031

CUADRO 8

Artículo 2232 del Código Civil para el Distrito Federal

Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

ESTADO	ARTICULO RELACIONADO
AGUASCALIENTES	2103
BAJA CALIFORNIA	2106
CAMPECHE	2123
COAHUILA	2126
COLIMA	2123
CHIAPAS	2206
CHIHUAHUA	2115
DURANGO	2113
ESTADO DE MEXICO	2086
GUANAJUATO	1723
GUERRERO	2232
HIDALGO	2214
MICHOACAN	2088
MORELOS	No contiene esta disposición
NAYARIT	1605
NUEVO LEON	2126
OAXACA	2108
QUERETARO	2114
SAN LUIS POTOSI	2065
SINALOA	2114
SONORA	No contiene esta disposición
TABASCO	2133
VERACRUZ	2165
ZACATECAS	1032

La mayoría de nuestros estados conservan el modelo del Distrito Federal en materia de formalidades, lo que nos permite decir, - ahora sí fundadamente, que el Derecho Civil mexicano presenta - las características y los problemas que han quedado anotados en el texto del presente trabajo, sin embargo, hay que anotar las - excepciones que corresponden a Jalisco, Puebla, Quintana Roo, - Tamaulipas, Tlaxcala y Yucatán.

7.1. JALISCO

El Código Civil para el Estado de Jalisco ha elevado la solemnidad a elemento de existencia del acto jurídico; su artículo - - 1715 expone que para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato, - y III. Forma, cuando la ley prevenga que debe revestir alguna - determinada, como solemnidad del acto.

Completa su propósito con el artículo 1716 que asienta que el - contrato puede ser invalidado por defectos en la forma establecida por la ley. Así que una cosa es la forma como solemnidad y otra bien distinta son los defectos que pueda presentar esa forma. En el primer caso habrá inexistencia, en el segundo nulidad.

El artículo 1754 contiene el principio del consensualismo contractual (Art. 1832 CCDF), pero el 1754 bis, responde perfectamente al 1715:

Cuando la ley exija determinada forma de un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de una manera fehaciente, no se trata de un acto solemne y alguna de esas partes lo hubiere cumplido de modo voluntario, aunque sea parcialmente, con la aceptación de la otra, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Refuerza el legislador de Jalisco su empeño en las inexistencias o en las nada, con la siguiente disposición:

Art. 2145.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento, de objeto que pueda ser materia de él, o de las solemnidades prescritas por la ley, no producirá efecto legal alguno; no es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

Esto implica, bien interpretado el derecho, que una compraventa de inmueble que no se ha elevado a escritura pública, es inexistente, aunque el precio haya sido entregado y el inmueble mismo, lo que nos deja grandes dudas en si esto es nada para el derecho de aquel Estado.

Curiosamente esta inexistencia no se refleja en los testamentos sabido como es que se trata de negocios bien solemnes, pues se contiene el capítulo "De la nulidad, revocación y caducidad de los testamentos", en el que se asienta textualmente que "El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley, y estas formas son exactamente las mismas y con iguales disposiciones que las que encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal.

Tampoco en el matrimonio, negocio por demás solemne, encontramos alguna sanción de inexistencia sino el capítulo denominado: "De los matrimonios nulos e ilícitos", que prevé nulo el matrimonio celebrado sin las solemnidades de rigor (Art. 291 fracción III) y que además declara que "No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el oficial del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial".

Así las cosas, no acabamos por comprender para qué se agregó la solemnidad como elemento de existencia de los contratos si evidentemente es inoperante y en perjuicio de los particulares.

7.2. PUEBLA

El Código Civil para el Estado de Puebla ofrece también cambios en los elementos de existencia del contrato, que ahora son tres:

I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia de las obligaciones, y III. Solemnidad cuando la ley la exija.

Esta disposición no es, sin embargo, congruente con la Sección-Séptima de la "Forma externa de los contratos", en la que se establece que para la validez del contrato bastan las formalidades externas expresamente prevenidas por la ley (Art. 1490), -- con lo que la solemnidad se vuelve requisito de validez. Refuerza el artículo 1493 que prevé que es nulo el contrato que no -- tenga la forma establecida por la ley, además de que, en este -- caso, si la voluntad de las partes para celebrarlo consta fehacientemente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Llama la atención que la solemnidad en el matrimonio es declarado un requisito que puede anular el acto si se omite, y si bien esto es un gran acierto, no vemos para qué se adicionó un tercer elemento de existencia, aunque también tenemos que decir -- que este Código no contiene la disposición que declara aplicables los principios de los contratos a todos los actos civiles- (Cfr. Art. 402 fracción II). En el libro de los testamentos tampoco se prevén testamentos inexistentes, antes bien, su contenido es igual al del Distrito Federal.

7.3. TLAXCALA.

Las consideraciones hechas al Código Civil del Estado de Puebla corresponden también a Tlaxcala, toda vez que su legislación Civil en la materia de solemnidades es idéntica a la de aquél Estado.

7.4. QUINTANA ROO

El Código Civil para el Estado de Quintana Roo ha recibido al negocio jurídico y a su teoría, siendo el único del país que -- presenta esta categoría jurídica. En él no se habla de elementos de existencia sino de elementos esenciales del negocio jurídico, señalando al efecto los siguientes:

- I. La voluntad;
- II. El objeto;
- III. La licitud, y
- IV. La solemnidad.

No parece muy seguro el legislador en cuanto al cuarto elemento esencial, cuando en el artículo 138 señala que "La solemnidad es elemento esencial cuando expresamente la requiera la ley" y luego, en el 139 asienta que la forma es un elemento de validez del negocio jurídico, con lo que induce a pensar que la solemnidad no es una forma o que formalidad y solemnidad son cosas diferentes, lo que expresa de plano en los siguientes términos:

Art. 148.- Hecha excepción de los negocios formales y de los solemnes, todos los demás se perfeccionan, si son bilaterales, por el solo consentimiento y si son unilaterales, por la sola manifestación de la voluntad del autor.

Habiendo introducido la solemnidad como elemento esencial del negocio, trata de señalar los principios que la rigen para lo cual declara que los efectos jurídicos deseados por los interesados en materia del estado civil de las personas, no podrán producirse si falta el elemento esencial de la solemnidad requerida en su caso por la ley; pero sí se producirán si solamente falta una simple formalidad (Art. 184) y que, fuera del caso anterior, la falta de solemnidad sólo afecta al acto jurídico en los casos que la ley lo establezca expresamente, los cuales no podrán aplicarse por analogía (Art. 185). Lo notable de estos principios es que este Código no contiene ningún negocio inexistente por falta de solemnidades, antes bien, repite las fórmulas del Código Civil para el Distrito Federal, en sus artículos 215 y 216 diciéndo que en los negocios civiles cada uno se obliga en la forma y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez de aquéllos se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley y que cuando esta ley exija determinada forma para un negocio jurídico, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición legal en contrario; pero si la voluntad de --

las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al negocio la forma legal omitida, pero además declara, seguidamente, que no será necesario el requisito de la forma cuando medie cumplimiento voluntario y la falta de formalidad no perjudique a terceros (Art. 217), si bien, ya dejamos asentado que para el legislador de Quintana Roo son diferentes formalidad y solemnidad, según se desprende del artículo 148, pero entonces no sabemos que pensar cuando el 223 prevé que son negocios jurídicos formales, los que requieren para su validez que la voluntad o el consentimiento se expresen por escrito, bien en un instrumento público o bien en un documento privado, y el 224 establece que si la omisión de la formalidad impide que el negocio surja a la vida jurídica, entonces será solemne.

Todavía se asienta una disposición mas, la del artículo 384, que dice que la falta de cualquiera de los requisitos que menciona el artículo 135 produce la nulidad absoluta del acto, la que operará de pleno derecho si no hay un principio o inicio de ejecución. Si hubiera congruencia en este código, ésta disposición tendría que sancionar con la inexistencia y no con la nulidad absoluta. Mucho es lo que tendría que comentarse, pero baste decir aquí que ni el matrimonio tiene prevista sanción de inexistencia, pues en el más irregular de los casos que se hace consistir en que dicho acto no se celebre ante el oficial del Registro Civil, la propia ley dispone la nulidad absoluta (Art.

769 fracción I). Ni siquiera el testamento resultaría solemne, -
pues es revalidable, atentos a lo que ordena el artículo 1421:

El testador que al otorgar testamento sea incapaz, no
haya observado la forma exigida por este ordenamiento,
o por las leyes vigentes en el lugar donde se otorgó,
cuando éste se encuentre fuera de Quintana Roo, o ha-
ya sufrido algún vicio en su declaración de voluntad,
puede revalidar su disposición testamentaria en la --
forma establecida por este Código, para la revalida--
ción de los negocios jurídicos en general, y dentro -
de las condiciones y formalidades exigidas para el --
otorgamiento de los testamentos en particular.

Refuerzan esta disposición los artículos 1451 y 1464 que decla-
ran nulos los testamentos en que se omitieron las formalidades-
del público abierto y del público cerrado.

7.5 TAMAULIPAS

Aparentemente no difiere del Código del Distrito Federal lo que
se contiene en el del Estado de Tamaulipas, pues sus artículos-
1257, 1258, 1302, 1303, 1526, 1527, 1529 y 1530, son idénticos-
a los que presentamos en los cuadros comparativos, sin embargo,
cambió el 1521 equivalente al 2224 del Distrito Federal, en for-
ma sustancial; veamos:

El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento, forma solemne o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno, como acto jurídico, pero sí como hecho jurídico, cuando concurren los elementos necesarios a fin de que se produzca tal supuesto. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

Razonó el legislador de Tamaulipas que la inexistencia no es la nada para el Derecho, sino que es un hecho que produce consecuencias jurídicas, abatiendo definitivamente toda la teoría de la inexistencia. Por otra parte, a pesar de haber incluido en forma expresa la solemnidad como elemento de existencia, sólo se prevén nulidades en cada negocio tal y como están establecidas en el código modelo (Cfr. Arts. 218 Frac. III, 232, 233, 236, 2574, 2607 y 2647), resultando inaplicable el artículo 1521 antes transcrito.

7.6 YUCATAN

La legislación civil sustantiva del Estado de Yucatán presenta una característica muy importante; consiste en que no contiene elementos de existencia para los actos jurídicos. Nos recorda al artículo 643 del Código Civil Portugues, ya que establece como requisitos de validez, en su artículo 1002, la capacidad -

de los contratantes, el mutuo consentimiento, el objeto materia del contrato que debe ser lícito, agregando otro que ya existe en el Código del Distrito Federal y que consiste en que dicho acto se celebre con las formalidades que exigen las leyes. Así, no se citan elementos de existencia pero sí los requisitos de validez. Perfectamente congruente, este cuerpo de leyes sanciona con la nulidad la omisión de las solemnidades en los negocios de familia, entre vivos y por causa de muerte, desprendiéndose lo anterior de sus artículos 100 fracción 111, 112, 113, 1002, 1026, 1364, 2308, 2329 y 2344, cosa que seguramente se reflejará en una buena doctrina jurídica y en una mejor enseñanza del Derecho, amén de los beneficios en la práctica del derecho.

8.- POSICION CRITICA

En vista de todo lo anterior, cabe hacer sobre el particular algunas observaciones concluyentes.

La primera es al Código Civil para el Distrito Federal y a todos los que siguen este modelo, que tratan los elementos de existencia previamente declarados, como requisitos de validez.- La segunda es a la Suprema Corte de Justicia del país que no ha logrado dar unidad a su criterio interpretativo, nos referimos a sus tesis 197 y 198. Una tercera consideración le toca a nuestra doctrina jurídica que sin fundamento ni razón legal ha incluido a las solemnidades como un tercer elemento de existencia

de los actos jurídicos. Quizás el único autor que hemos podido consultar, que no repite esto, sea De Pina, quien, sin comprometerse mucho, muy de pasada dice que la nulidad relativa o anulabilidad se produce -según el Código Civil- por falta de forma - (si se trata de actos solemnes), por el error, por el dolo, por la violencia, por la lesión y por la incapacidad de cualquiera de los autores del acto (21); cosa que no es cierta porque el Código no dice tal, pero al menos sostiene un criterio diferente.

Otra observación es para los legisladores de los Estados que -tratando de innovar, han contribuido a agrandar los problemas - de interpretación del Derecho Civil sustantivo en su ámbito de competencia. Una final gira en torno de los profesores de Derecho Civil que poco reflexionan en las consecuencias formativas e informativas que se producen en sus alumnos, futuros litigantes, jueces, magistrados, etc., a quienes les repiten la doctrina en forma robótica sin compararla con el texto de la ley ni -mucho menos acudir, al menos, a la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, transmitiendo, en consecuencia, lo que no es y que seguramente causará problemas en el ejercicio de esta profesión.

Es importante resolver el problema, esto es obvio, para ello se hace necesario que el legislador dé congruencia a las normas civiles en materia de nulidades haciendo una reflexión cuidadosa-

acerca de una noción de inexistencia que más males que bienes -
le ha reportado al Derecho y que se elabore una doctrina jurídi-
ca nacional que responda a los intereses de los futuros profe--
sionales de esta importante área del conocimiento humano.

* * * * *

* * * * *

* * *

* *

*

CAPITULO V

CITAS BIBLIOHEMEROGRAFICAS

- 1 Rozas V., Fernando, "Las Solemnidades, ¿son siempre requisitos de existencia de los actos jurídicos?", Revista -- Chilena de Derecho, Vol. 5, No. 1-6, Feb./Dic., Chile, 1978.
- 2 Ibid.
- 3 Bonnecase, Julien, "Elementos de Derecho Civil", Tomo II, Traductor José M. Cajica Jr., Ed. José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1945, pp. 241 y 285.
- 4 Ghestin, Jacques, "Traité de Droit Civil, Les Obligations, Le Contrat", Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1980, pp. 247-248.
- 5 Carbonnier, Jean, "Derecho Civil, El Derecho de las Obligaciones y la situación contractual", Tomo II, Traductor Manuel Zorrilla Ruiz, Ed. Bosch, Barcelona , 1971, p. 320.
- 6 Citado por Bonnecase, Ob. Cit., p. 239.
- 7 Ripert y Boulanger, Jean, "Derecho Civil, Obligaciones, Prime

ra Parte, Según el Tratado de Planiol", Ed. La Ley, -
Buenos Aires, 1964, pp. 57-58.

- 8 Planiol, Marcel, Ripert y Boulanger, "Derecho Civil Francés";
Tomo Sexto, Traductor Mario Díaz Cruz, Ed. Cultural,
La Habana, Cuba, 1946, p. 150.
- 9 Mazeaud, Henry y León, Jean, "Lecciones de Derecho Civil, Par-
te Segunda", Vol. I, Traductor Luis Alcalá-Zamora, -
Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, -
1969, pp. 79, 81 y 95.
- 10 Messineo, Francesco, Dottrina Generale del Contratto (Art. -
1321-1469 Cód. Civ.)", Dott. A. Giuffrè Editore, Mi-
lano, 1948, p. 43.
- 11 Ibid., p. 100.
- 12 Betti, Emilio, "Teoría General del Negocio Jurídico", Traduc--
tor A. Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, -
Madrid, 1976, p. 205.
- 13 Ruiz Serramalera, Ricardo, "Derecho Civil, El Negocio Jurídico", Ed. Universidad Complutense/Facultad de Derecho, Ma-
drid, 1980, pp. 246 a 261.

- 14 Batiza, Rodolfo, "Las Fuentes del Código Civil de 1928, Introducción, notas y textos de sus fuentes originales no reveladas", Ed. Porrúa, México, 1979, p. 18.
- 15 Lutzesco, Georges, "Teoría y Práctica de las Nulidades", Ed. - Porrúa, México, 1985, p. 179.
- 16 Salamanca, Hernán, "Derecho Civil, Curso IV, Contratos", Ed. - Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983, - p. 49.
- 17 Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985", Cuarta Parte, Tesis 197, p. 590.
- 18 Ibid., Tesis 198, pp. 590 y 591.
- 19 Ibid., p. 592.
- 20 Citado por Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Ed. Porrúa, México, 1984, p. 188.
- 21 Pina, Rafael De, "Derecho Civil Mexicano", Ed. Porrúa, México, 1978, p. 286.

CONCLUSIONES

El análisis histórico-doctrinario-legislativo desarrollado con la finalidad de determinar cuál sea la naturaleza jurídica de las solemnidades en el negocio jurídico y comprobar o disprobar las hipótesis planteadas en el proyecto, permite formular, luego de una cuidadosa reflexión, las siguientes conclusiones generales:

Primera.- Ciertamente hay entre los actos jurídicos regulados por la legislación civil sustantiva, diferencias muy notables entre unos y otros que debemos tomar en consideración para conceptualizar con mayor precisión los acontecimientos que se suscitan en el mundo del Derecho. En virtud de lo anterior es que podemos admitir una "nueva" categoría jurídica denominada negocio, que si bien, tiende a extenderse en la doctrina, hasta ahora únicamente el Estado de Quintana Roo la ha incorporado a su legislación civil.

Segunda.- El recorrido histórico del Derecho muestra que las solemnidades son elementos que acompañan a la manifestación de voluntad con el objeto de dar mayor ampulosidad al acto para llamar la atención de las partes acerca de la importancia del negocio que se está celebrando y no sean sorprendidos ni siquiera por su propia eventual ligereza. Igualmente se asienta cómo van apareciendo en los países que se agrupan bajo el rubro co--

mún de familia romano-germánica a la que pertenece nuestro país.

Tercera.- Las solemnidades son propias de cada negocio jurídico, distinguiéndose las del Derecho de Familia, del Derecho hereditario y las relativas a los actos inter vivos. Estas pueden consistir en la intervención de un funcionario público, notario, juez u oficial del Registro Civil, que redacte un instrumento auténtico; en la lectura de documentos, inserción de fórmulas precisas como en algunos testamentos y en la expresión de viva-voz de palabras que no dejen duda de cuál es la voluntad de las partes, como en el caso del matrimonio.

Cuarta.- La doctrina nacional atribuye a las solemnidades el rango de elementos de existencia, cosa contradicha por el propio Código Civil para el Distrito Federal en que se basa tal doctrina, existiendo al efecto Jurisprudencia contradictoria, lo que hace necesario que el legislador realice un estudio meti culoso cuidándose de imitaciones extralógicas y atento a nuestra realidad jurídica.

Quinta.- La naturaleza jurídica de las solemnidades difiere dependiendo del negocio al que van unidas. En ningún caso producen la inexistencia pero sí la nulidad absoluta, la relativa o la anulabilidad, debiendo siempre prevalecer los superiores intereses y valores de la sociedad, sobre cualquier solemnidad.

Sexta.- Actualmente encontramos cierta tendencia de los Estados integrantes de la República por apartarse del Código Civil para el Distrito Federal; los que ya lo han hecho no siempre han mejorado sus disposiciones, antes bien, se advierten serias confusiones en torno al acto inexistente y a la función de las solemnidades, por lo que es urgente que este problema se atienda, en bien de la ciencia jurídica y en bien de los destinatarios de las normas.

Séptima.- Modelo para una mejor legislación civil puede ser el Código Civil para el Estado de Yucatán, que al haber eliminado la noción de inexistencia, destruyó también un motivo permanente de confusiones y disgresiones jurídicas.

Octava.- La Historia del Derecho es un elemento de trabajo infalible e indispensable en la investigación jurídica. En el caso que nos ocupa y en todo trabajo en torno a figuras e instituciones del Derecho Civil, la consulta al Derecho romano, al francés, al español así como a nuestros primeros códigos civiles en el México Independiente, nos mostrarán las razones y principios filosóficos que las originaron y que aún las sustentan, cosa que nos permite interpretar con un alto grado de certeza nuestras normas civiles vigentes. Es aquí donde tendríamos que reflexionar en que el Código Civil de 1870 no contenía elementos de existencia, como hoy lo hace el de Yucatán, sólo las condiciones de validez que se hacían consistir en la capacidad de --

los contrayentes, el mutuo consentimiento y el objeto lícito. -
Congruente desde el principio hasta el fin, establecía la nul-
dad como única sanción por el incumplimiento de la norma.

Novena.- Siendo el Derecho Civil de carácter local, las legisla-
turas pueden y deben trabajar en bien de su ciencia y de su téc-
nica jurídica, pero con pleno conocimiento de causa, pues no se
trata de crear normas con el sólo propósito de alejarse de los-
lineamientos del Distrito Federal ni con afán protagónico pero-
sin bases históricas, lógicas y sistemáticas, sino mirando siem-
pre al bienestar de la sociedad y al destinatario de la ley.

* * * * *

* * * *

* * *

* *

*

BIBLIOHEMEROGRAFIA

- 1 Arredondo Muñozledo, Benjamín, "¿Qué es el hombre? Introducción al Estudio de las Ciencias Sociales", Ed. Porrúa, México, 1972.
- 2 Alonso Lobo, A., "Comentarios al Código de Derecho Canónico", Vol I, Prólogo de Francisco Barbado Viejo, Biblioteca de Autores Cristianos, La Editorial Católica, Madrid, MCMLXIII.
- 3 Batiza, Rodolfo, "Las Fuentes del Código Civil de 1928, Introducción, notas y textos de sus fuentes originales no reveladas", Ed. Porrúa, México, 1979.
- 4 Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", Ed. Harla, - México, 1980.
- 5 Betti, Emilio, "Teoría General del Negocio Jurídico", Traductor A. Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, - Madrid, 1956.
- 6 Bonnacase, Julien, "Elementos de Derecho Civil", Traductor José M. Cajica Jr., Ed. José M. Cajica Jr., T. II, - Puebla, 1945.

- 7 Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", -
Ed. Porrúa, México, 1984.
- 8 Candian, Aurelio, "Instituciones de Derecho Privado", Traduc--
tor Blanca P.L. de Caballero, Unión Tipográfica Edi
torial Hispano Americana, México, 1961.
- 9 Carbonnier, Jean, "Derecho Civil, El Derecho de las Obligacion
es y la situación contractual", Traductor Manuel
Zorrilla Ruiz, Ed. Bosch, Barcelona, 1971.
- 10 Cervantes, Javier de, "La Tradición Jurídica de Occidente", An
tología de los Apuntes del Profesor Javier de Cer
vantes preparada por Ma. del Refugio González y -
José Luis Soberanes Fernández, Universidad Nacio
nal Autónoma de México/Instituto de Investigacio
nes Jurídicas, México, 1972.
- 11 Colagrosso, Enrico, "Teoría Generale delle Obbligazioni e dei
Contratti" Ed. Casa Stamperia Nazionale, Roma, -
1948.
- 12 Coulanges, Fustel De, "La Ciudad Antigua, Estudio sobre el --
culto, el Derecho y las instituciones de Grecia y
Roma", Ed. Porrúa, México, 1980.

- 13 Coviello, Nicolás, "Doctrina General del Derecho Civil", Traductor Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1938.
- 14 David, René, "Evolución de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos", Ed. Aguilar, Barcelona, 1958.
- 15 "Diccionario Jurídico Mexicano", Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1984.
- 16 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, "Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico, Invalidez" Ed. Porrúa, México, 1990.
- 17 "Enciclopedia Jurídica OMEBA", Ed. Bibliográfica Argentina, -- Buenos Aires, 1967.
- 18 Galindo Garfias, Ignacio, "Derecho Civil, Personas y Familia" Ed. Porrúa, México, 1980.
- 19 García Máynez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho" Ed. Porrúa, México, 1980.
- 20 Ghestin, Jacques, "Traité de Droit Civil, Les Obligations, Le Contrat", Ed. Librairie Générale de Droit et de Ju--

risprudence, París, 1980.

- 21 Gutiérrez y González, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Ed. Cajica, Puebla, México, 1984.
- 22 Hedemann, J.W., "Derechos Reales", Versión española y notas de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, - Ed. Revista de Derecho Privado, Vol. II, Madrid, - 1955.
- 23 Heineccio, J. Gottlieb, "Recitaciones del Derecho Civil según La Instituta", Traductor Luis de Collantes, Edición modificada, adaptada y actualizada por Velia Patricia Barragán Cisneros, Universidad Juárez -- del Estado de Durango/Instituto de Investigaciones Jurídicas, Durango, México, 1990.
- 24 Laurent, F., "Principios de Derecho Civil Francés", T. I, Imprenta y Lit. de F. Barroso, México, 1883.
- 25 - - - - - , T. II, Rev. Agustín Verdugo, Joaquín Guerra y Valle Editor, México, 1945.
- 26 - - - - - , T. IV, Tip. de F. Barroso, México, 1964.

- 27 Loewenwarter, Víctor, "Derecho Civil Alemán, Comparado con -
las características del Derecho Comercial", Ed. -
Nascimento, Santiago, Chile, 1943.
- 28 Lutzesco, Georges, "Teoría y Práctica de las Nulidades", Ed. -
Porrúa, México, 1985.
- 29 Margadant S., Guillermo F., "El Derecho Romano como Introduc-
ción a la Cultura Jurídica Contemporánea", Ed. Es--
finge, México, 1983.
- 30 Mazeaud, Henry y León, Jean, "Lecciones de Derecho Civil, Par-
te Segunda", Traductor Luis Alcalá-Zamora, Ediciones
Jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina, -
1969.
- 31 Messineo, Francesco, "Dottrina Generale del Contratto", Dott.,
A. Giuffré Editore, Milano, 1948.
- 32 Palacio Pimentel, H. Gustavo, "Las Obligaciones en el Derecho
Civil Peruano", Ed. Tipografía SESATOR, Lima, 1980.
- 33 Pallares, Eduardo, "Diccionario de Derecho Procesal Civil", --
Ed. Porrúa, México, 1983.
- 34 Pirenne, Jacques, "Historia Universal, Las Grandes Corrientes

de la Historia", T. I, Traductor Julio López Oliván, José Pla y Manuel Tamayo, Ed. Exito, Barcelona, España, 1972.

35 Planiol, Marcel, "Traité Elémentaire de Droit Civil", T. Deuxième, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1912.

36 - - - - - , T. Premier, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1920.

37 - - - - - , Ripert y Boulanger Jean, "Derecho Civil Francés", T. Sexto, Traductor Mario Díaz Cruz, Ed. Cultural La Habana, Cuba, 1946.

38 Ripert y Boulanger, Jean, "Derecho Civil, Obligaciones, Primera Parte, según el Tratado de Planiol", Ed. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1964.

39 Rojina Villegas, Rafael, "Derecho Civil Mexicano, Introducción y Personas", Tomo Primero, Ed. Antigua Librería Robledo, México, 1959.

40 - - - - - , Obligaciones T. V, Vol. I, Ed. Porrúa, México, 1985.

- 41 Rozas V., Fernando, "Las Solemnidades, ¿son siempre requisitos de existencia de los actos jurídicos?", Revista -- Chilena de Derecho, Vol. 5, No. 1-6, Feb/Dic., Chile, - 1978.
- 42 Ruiz Serramalera, Ricardo, Derecho Civil, "El Negocio Jurídico", Universidad Complutense/Facultad de Derecho, Madrid, 1980.
- 43 Salamanca, Hernán, "Derecho Civil, Contratos", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983.
- 44 Sánchez Cordero, Jorge A., "Derecho Civil", Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983.
- 45 Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985".
- 46 Von Thur, Andreas, "Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Alemán", Vol. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, - Argentina, 1948.

LEGISLACION

1. NACIONAL

- 1 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.
- 2 Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.
- 3 Código Civil para el Distrito Federal de 1928
- 4 Código Civil para el Estado de Aguascalientes
- 5 Código Civil para el Estado de Baja California
- 6 Código Civil para el Estado de Campeche
- 7 Código Civil para el Estado de Coahuila
- 8 Código Civil para el Estado de Colima
- 9 Código Civil para el Estado de Chiapas
- 10 Código Civil para el Estado de Chihuahua
- 11 Código Civil para el Estado de Durango
- 12 Código Civil para el Estado de México
- 13 Código Civil para el Estado de Guanajuato
- 14 Código Civil para el Estado de Guerrero
- 15 Código Civil para el Estado de Hidalgo
- 16 Código Civil para el Estado de Jalisco
- 17 Código Civil para el Estado de Michoacán
- 18 Código Civil para el Estado de Morelos
- 19 Código Civil para el Estado de Nayarit
- 20 Código Civil para el Estado de Nuevo León
- 21 Código Civil para el Estado de Oaxaca

- 22 Código Civil para el Estado de Puebla
- 23 Código Civil para el Estado de Querétaro
- 24 Código Civil para el Estado de Quintana Roo
- 25 Código Civil para el Estado de San Luis Potosí
- 26 Código Civil para el Estado de Sinaloa
- 27 Código Civil para el Estado de Sonora
- 28 Código Civil para el Estado de Tabasco
- 29 Código Civil para el Estado de Tamaulipas
- 30 Código Civil para el Estado de Tlaxcala
- 31 Código Civil para el Estado de Veracruz
- 32 Código Civil para el Estado de Yucatán
- 33 Código Civil para el Estado de Zacatecas
- 34 Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1946.

2. EXTRANJERA

- 1 Código Civil de la República de Argentina
- 2 Código Civil de la República de Colombia
- 3 Código Civil de la República de Chile
- 4 Código Civil de la República de Perú
- 5 Código Civil Español
- 6 Código Civil Francés
- 7 Código Civil Italiano
- 8 Código Civil Portugués
- 9 Código de Derecho Canonico.