COMPENDIO DE DERECHO CIVIL

INTRODUCCION, PERSONAS Y FAMILIA

RAFAEL ROJINA VILLEGAS
CATEDRATICO DE DERECHO CIVIL EN LA U. N. A. M.

COMPENDIO DE DERECHO CIVIL

I

INTRODUCCION, PERSONAS Y FAMILIA

DECIMASEXTA EDICIÓN

EDITORIAL PORRÚA, S. A.
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MEXICO 1, D. F.
1979

Primera edición, 1962

Derechos reservados por el autor
Esta edición es propiedad de la Editorial Porrúa, S. A.
Av. República Argentina Nº 15, México, D. F.
© por RAFAEL ROJINA VILLEGAS
Fuego 832, Jardines del Pedregal.
ISBN-968-432-159-7

Impreso y hecho en México
Printed and made en Mexico

PRIMERA PARTE

INTRODUCCION Y PERSONAS

TITULO I

CONCEPTO DEL DERECHO Y DERECHO OBJETIVO

CAPITULO I

DERECHO, MORAL, RELIGIÓN Y CONVENCIONALISMOS SOCIALES

1.—*Concepto general.*—El derecho puede definirse como un conjunto de normas bilaterales, externas, generalmente heterónomas y coercibles, que tienen por objeto regular la conducta humana en su interferencia intersubjetiva.

El derecho objetivo se caracteriza por ser un conjunto de normas, constituyendo este dato el primer elemento de la definición que hemos dado. No prejuzgaremos sobre la distinción entre la norma jurídica, moral, religiosa o social; al tratar el segundo elemento determinaremos las características diferenciales de las mismas.

2.- *Distinción entre las normas y las leyes naturales.*—Podemos formular los siguientes criterios de distinción.

a) —En las leyes naturales simplemente encontramos la enumeración de principios científicos que registran uniformidades de fenómenos; en tanto que las normas enuncian reglas de conducta, es decir, formas de comportamiento.

b) —Las leyes naturales regulan relaciones necesarias y las normas relaciones contingentes, dado que el supuesto de toda norma es la libertad.

Eduardo García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, 2ª ed., págs. 4 y sigts.

c) —A las leyes naturales no se les viola; se trata de principios que no admiten una sola excepción; en cambio, las normas pueden ser y de

hecho son continuamente violadas, sin que la violación del postulado que encierran pierda importancia o valor.

d).—La finalidad de las leyes naturales es registrar bajo la forma de principios generales uniformidades de fenómenos para poder explicar la secuencia de los mismos; en cambio, la finalidad de las normas es provocar cierta forma de conducta, de aquí que se presente una nueva diferencia.

e).—Las leyes naturales pueden ser verdaderas o falsas, en cambio, las normas son válidas o nulas. La veracidad o falsedad de las leyes naturales depende de que registren fielmente cierta uniformidad de fenómenos, o bien, de que no haya una observación exacta acerca de los mismos. La validez o nulidad de las normas depende de su procedimiento de creación. Si una norma es creada de acuerdo con las reglas del sistema normativo a que pertenezca, es válida; en cambio, si la norma es creada violando alguna de las reglas del mismo, es nula. De los sistemas normativos el derecho es el que regula de una manera rigurosa el procedimiento de creación de sus normas. Generalmente la constitución fija las reglas que determinan el proceso de elaboración de algunas normas, como son las leyes y los reglamentos.

f).—En las leyes naturales no se postula ningún valor; como su finalidad es simplemente explicativa, ninguna ley natural busca la realización de un cierto valor, sino que se concreta únicamente a decirnos lo que ocurre en la naturaleza. En cambio, toda norma postula un valor o diversos valores; de aquí que también la validez de la norma pueda apreciarse en el sentido de su justificación.

g).—Por último, las leyes naturales registran, a través de principios, el proceso de causalidad; las normas consagran un proceso diferente, que podemos llamar proceso normativo. El proceso de causalidad establece la relación entre la causa y el efecto y una secuencia de fenómenos cuyo origen sólo puede determinarse en forma hipotética, que se realiza hasta el infinito, sin poder llegar a determinar el efecto final. En cambio, el proceso normativo registra en el nacimiento de las consecuencias una relación necesaria, como en el proceso causal, pero en el cumplimiento de las mismas puede ser contingente o necesario. Además, parte siempre de supuestos iniciales conocidos y llega a consecuencias finales predeterminadas.

Todo proceso causal supone una relación necesaria entre la causa y el efecto. Se enuncia el principio diciendo que toda causa origina un efecto y que todo efecto es producto de una causa. La relación entre ambos es necesaria, por la sencilla razón de que no puede haber efecto sin causa; en esta secuencia no podemos precisar las causas primeras que son

desconocidas por la ciencia. Se pueden formular hipótesis, por ejemplo: la causa del mundo, de la vida, etc. Además, el encadenamiento de causa a efecto se relaciona hasta el infinito. No podemos llegar a decir que en ese ciclo un cierto efecto será el final, porque siempre se convertirá en causa de un nuevo efecto. Por una intuición inmediata sabemos que todo efecto se transforma en causa y así sucesivamente.

h).—En el reino del deber ser, que comprende los distintos sistemas normativos, no podemos hablar de causas y efectos, simplemente debemos decir que existen supuestos y consecuencias. Hay una secuela parecida entre el proceso normativo y el causal, en el sentido de que todo supuesto origina una consecuencia y toda modificación en el supuesto trae consigo una modificación de la consecuencia. Refiriéndonos al derecho, hablaremos de supuestos y de consecuencias jurídicas. El supuesto jurídico es la hipótesis normativa de cuya realización depende que se produzcan ciertas consecuencias de derecho. Entre el supuesto jurídico y la actualización de la consecuencia de derecho hay una relación necesaria del mismo tipo de la que existe entre la causa y el efecto; el proceso causal y el normativo se identifican en esta primera fase, de aquí que algunos autores hablen de causalidad jurídica. Especialmente Fritz Schreier en su obra *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho.*

En una segunda fase encontramos diferencias de gran interés. En el proceso causal el efecto al mismo tiempo que nace se realiza, es decir, se cumple. No podemos distinguir dos momentos: el del nacimiento del efecto y el del cumplimiento del mismo; de manera que en la naturaleza dada la causa se produce el efecto que nace y se realiza en el mismo instante; en cambio, en el proceso normativo dado el supuesto necesariamente nace la consecuencia, pero no siempre se cumple simultáneamente. En algunas consecuencias interviene para su cumplimiento la voluntad humana, resultando entonces contingente; pero hay otras que no se cumplen voluntariamente sino que se realizan ipso jure o de pleno derecho. En la primera clase de consecuencias no encontramos el mismo proceso que el de la causalidad. Ejemplo: dado el supuesto jurídico contrato, necesariamente nacerán obligaciones y derechos; pero estas consecuencias tienen dos momentos distintos: el de su nacimiento y el de su cumplimiento. Nacen por un proceso necesario; pero se cumplen por un proceso voluntario. El contratante puede cumplir o no la obligación, de aquí que el cumplimiento de la consecuencia jurídica sea contingente. En la naturaleza, la relación de los efectos y las causas es necesaria, nunca contingente. En la segunda clase de consecuencias tenemos v. gr. como supuesto jurídico, el pago de una obligación; pagar una deuda es cumplirla y dado el pago, se extingue la deuda. Ahora bien, la extinción de

la misma no depende de la voluntad del acreedor ni de la del deudor, sino sólo del ordenamiento jurídico, del derecho objetivo.

i).—Por último, en el proceso normativo conocemos los supuestos iniciales y las consecuencias finales; en cambio, en el proceso causal desconocemos las causas primeras que la ciencia sólo formula con hipótesis y tampoco podemos determinar los efectos finales. Las razones son las siguientes: en el proceso normativo se conocen los supuestos iniciales y las consecuencias finales, porque dependen de la norma jurídica que es una creación humana. Por consiguiente, es el hombre quien a través de la norma va determinando en cada caso los supuestos iniciales y las consecuencias finales; por ejemplo: el delito es un supuesto, pues ante el hecho del delito se aplica por el ordenamiento jurídico la consecuencia "pena". El delito es un supuesto inicial; antes del delito no había relación entre delincuente y víctima. La relación jurídica que nace en virtud del delito tiene como consecuencia final una pena aplicable al delincuente.

Hans Kelsen. *La Teoría Pura del Derecho,* traduc. de Luis Legaz y Lacambra, 1ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 13.

3.—*Características de las normas jurídicas.*—El segundo elemento en la definición del derecho se refiere a las características de las normas jurídicas. Hemos dicho que es un conjunto de normas heterónomas, bilaterales, externas y coercibles. A través de estas características fijaremos la diferencia específica entre el derecho, la moral, la religión y los convencionalismos sociales. Dado que estamos en el reino del deber ser, es decir, en el campo de la normatividad, precisan diferencias sistemáticas normativas, pues tanto el derecho, como la moral, la religión y los convencionalismos sociales tienen características generales comunes. Como se trata siempre de conjuntos de normas, lógicamente la manera de distinguir cada uno de estos sistemas será buscar su diferencia específica.

Del Vecchio, *Filosofía del Derecho,* 5ª ed., traduc. de Luis Legaz y Lacambra, págs. 301-302.

Tratemos de seguir este método a efecto de diferenciar lo que podremos llamar la normatividad o reino del deber ser de la normalidad o reino del ser. Al establecer estos dos mundos no quiere decir que de una manera definitiva y radical separemos el ser del deber ser, y que no haya ciertos puntos de contacto entre los mismos. Sólo intentaremos una distinción entre lo que es y lo que debe ser.

Dentro de la normatividad tenemos cuatro sistemas fundamentales: el derecho, la moral, la religión y las reglas del trato externo o convencionalismos sociales.

El derecho lo definiremos como un sistema normativo heterónomo, bilateral, externo y coercible. A la moral como un sistema normativo autónomo, unilateral, interno e incoercible. A las reglas del trato externo o convencionalismos sociales como un sistema normativo heterónomo, unilateral-imperfecto, externo e incoercible. Finalmente, la religión como un sistema normativo heterónomo, unilateral, interno e incoercible.

Determinaremos sucesivamente lo que significan la heteronomía y la autonomía, la unilateralidad y la bilateralidad, la interioridad y la exterioridad, la coercibilidad y la incoercibilidad.

4.—*Heteronomía y autonomía en las distintas normas.*—La heteronomía significa que las normas son creadas por una instancia o por un sujeto distinto del destinatario de la norma y que ésta además le es impuesta aún en contra de su voluntad. Decimos que el derecho es un sistema heterónomo, en virtud de que sus normas son creadas por los órganos del Estado o por la sociedad en el derecho consuetudinario. Principalmente el órgano legislativo constituye una instancia o institución distinta del destinatario de la norma.

Gustavo Radbruch, *Filosofía del Derecho,* 2a. ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 40.

Sin embargo, no hay absoluta heteronomía en el derecho, pues en primer lugar depende de la forma de Estado: democracia o autocracia. En la democracia los ciudadanos directa o indirectamente a través de sus representantes elaboran las normas jurídicas generales llamadas leyes. En consecuencia, no hay heteronomía pura, supuesto que los ciudadanos al propio tiempo que elaboran sus normas de conducta son los obligados por esas mismas normas. No obstante, en la democracia, la heteronomía se manifiesta en virtud de que los no ciudadanos y los extranjeros sufren la norma que no han elaborado.

En la autocracia, rige la heteronomía para todos los ciudadanos y pueblo en general. Quienes elaboran la norma en esta forma de Estado son determinados órganos o el autócrata como jefe del Estado y sus auxiliares, a quienes también impone el ordenamiento jurídico.

No obstante que puede existir autonomía o heteronomía en la creación de las normas jurídicas, en la *vigencia* de las mismas siempre se presenta como característica constante la heteronomía, ya que una vez

creada la norma, obliga y tiene una pretensión de validez absoluta, incluso para los mismos destinatarios que participaron en su elaboración, imponiendo los deberes jurídicos correspondientes y otorgando, en consecuencia, los derechos subjetivos de igual contenido. *Es así como la bilateralidad del derecho, que después se estudiará, se funda en la heteronomía en la vigencia de las normas jurídicas,* ya que basta que exista la facultad de exigir que lógicamente se reconoce al imponerse el cumplimiento de la norma (aun cuando no se imponga coactivamente, como ocurre en las obligaciones de los órganos supremos del Estado), para que como consecuencia de esa heteronomía en la vigencia, tengamos la bilateralidad del derecho.

Las reglas del trato social o convencionalismos sociales presentan la característica de heteronomía, pues es la sociedad la que crea las normas de la moda, de la etiqueta, de la cortesía, etc.

La religión es también un sistema heterónomo. Cualquier tipo de religión parte de la base de que sus normas no son creadas por el creyente, sino elaboradas por una instancia distinta. Los procesos pueden ser variadísimos según la evolución religiosa. Nos interesa, simplemente, no el conjunto de necesidades que intervengan para crear la norma religiosa, sino el hecho de que no es elaborada por el propio creyente, quien la recibe y la debe observar como algo independiente de su voluntad.

En la moral encontramos autonomía en su sistema. La norma moral es creada por el propio sujeto, quien puede derogarla, es decir, el destinatario es el mismo legislador y puede revocar la norma que ha creado de la misma manera que el legislador, en el sistema jurídico, puede derogar la ley. La autonomía de la moral tampoco se presenta en una forma pura. Así como en el derecho no encontramos heteronomía pura, no es exacto que en la moral se acepta la posibilidad de que el sujeto elabore a su capricho las normas de conducta, pues ningún sistema moral se puede fundar en la arbitrariedad. Indiscutiblemente que todo sistema moral supone una convicción en el sujeto respecto a la obligatoriedad de sus normas. El acatamiento del deber en la moral debe ser espontáneo, por convicción, de aquí que podamos llegar a establecer que la autonomía de la moral descansa en la propia razón. Por esto Kant sostiene que debe ser autonomía de la razón y no autonomía de la voluntad; no manda el capricho sino la razón. Si admitimos la autonomía de la razón, sí podemos elaborar normas de validez general, pues la razón es común a todos los seres humanos y nos permite fundamentar reglas de conducta que todos debemos aceptar; de aquí el principio kantiano: obra de tal manera que la máxima de tu acción pueda ser elevada a norma universal de conducta.

5.—*Bilateralidad y unilateralidad.*—Se dice que las normas jurídicas son bilaterales, en tanto que las normas morales son unilaterales. También se acepta que las normas religiosas son unilaterales. En cuanto a las reglas del trato externo o convencionalismos sociales, los autores señalan como característica la unilateralidad, pero veremos que en realidad se trata de un tipo mixto en donde ya se inicia la bilateralidad del derecho.

Una norma es bilateral, cuando al propio tiempo que impone deberes a uno o a varios sujetos, concede facultades a otro u otros. Por lo tanto, el carácter bilateral de la norma crea una correlatividad entre los deberes y las facultades. Frente a todo sujeto obligado habrá un sujeto facultado; para todo deber corresponderá una facultad, no habrá deber sin facultad; no habrá obligado sin pretensor o inversamente. Se trata de ideas correlativas, lógicamente necesarias, así como no puede haber hijo sin padre, ni padre sin hijo. Cuando postulamos un deber indicamos una necesidad de carácter normativo, podremos decir mejor que es la sujeción de un acto de conducta para adecuarse a la norma. Como el acto puede violar la norma, la necesidad no es en el sentido de fatalidad, pero sí en cuanto que el acto debe adecuarse a la norma, por esto podemos decir: el deber es la sujeción de una forma de conducta a una cierta norma. Quien tiene un deber, ve restringida su conducta en los términos de una determinada norma. La facultad como correlativa del deber implica en el ordenamiento de tipo bilateral, la posibilidad normativa de que un sujeto llamado pretensor, exija el cumplimiento de un deber a un sujeto llamado obligado. En consecuencia, podemos definir la facultad en los siguientes términos. Posibilidad normativa que corresponde a un sujeto llamado pretensor para exigir una cierta forma de conducta a un sujeto obligado y de acuerdo con los términos de una cierta norma. En todo sistema normativo bilateral siempre que se origina un deber en un sujeto, nace al propio tiempo una facultad en otra persona. La facultad no supone una pretensión arbitraria del sujeto, sino una autorización normativa, como dato esencial, para que aquello que podría ser simplemente un acto arbitrario se convierta en un acto lícito o legítimo y por consiguiente, en una facultad. No depende del arbitrio individual el ejercicio de la facultad, sino del sistema normativo el conceder autorizaciones a efecto de que la posibilidad que un sujeto tenga para exigir de otro un acto de conducta, sea una posibilidad lícita, reconocida y autorizada por el sistema normativo; de aquí que la facultad no tenga su base en la voluntad, siendo falsas todas las teorías jurídicas que fundan la facultad, en la voluntad del pretensor.

El carácter unilateral de sistemas normativos como la moral y la religión, supone que a determinados deberes en un cierto sujeto obligado,

no corresponden facultades a otro sujeto. En la moral puede crearse la categoría denominada deber, sin que exista correlativamente la categoría denominada facultad. Esto es consecuencia de que la moral al crear los deberes lo hace de manera impersonal, en cuanto a la posibilidad de que exista un sujeto interesado en exigir el cumplimiento del deber, es decir, se impone el deber sin facultar a nadie para exigir su observancia o cumplimiento. Dada la naturaleza del sistema moral, la observancia del deber sólo interesa al destinatario de la norma, pues el obligado es juez de su propia conducta y no hay un facultado para exigirle el cumplimiento del deber. Habrá reconvenciones de tipo social, sanciones de desprecio colectivo, pero no encontraremos a un sujeto facultado para exigir el cumplimiento del deber moral.

En el sistema religioso, aun cuando existe el carácter unilateral, pues se debe cumplir el deber religioso sin que haya alguien facultado para exigirlo, encontramos un principio de bilateralidad. Son los sacerdotes principalmente los órganos capacitados para exigir en cierta forma el cumplimiento de los deberes religiosos.

Por último, las reglas del trato externo o convencionalismos sociales que se caracterizan por algunos autores como reglas unilaterales, tienen en realidad una naturaleza mixta, ya que son una categoría intermedia entre la moral y el derecho y, por lo tanto, se presenta en ellas una estructura unilateral imperfecta. En estas reglas encontramos, como en todo sistema normativo, deberes, que son el elemento constante en la normatividad. No existen facultades perfectas, es decir, posibilidades normativas para exigir la conducta postulada en el deber; pero sí hay autorizaciones conferidas a ciertos órganos para exhortar al sujeto obligado a efecto de que cumpla con ciertos deberes sociales.

León Petrazizky dice que las normas jurídicas son imperativo-atributivas, siendo ésta otra manera de designar el carácter bilateral del derecho, pues lo imperativo significa que el ordenamiento jurídico impone obligaciones y lo atributivo, que estatuye derechos o facultades.

6.—*Exterioridad e interioridad.*—La exterioridad del sistema normativo se determina tomando en cuenta únicamente la adecuación externa de la conducta con el deber estatuido en la norma, prescindiendo de la intención o convicción del obligado. Cuando en un sistema normativo se requiere, para que el acto de conducta tenga valor desde el punto de vista del mismo, que se realice no sólo conforme al deber, sino por el deber mismo, por convicción, decimos que hay interioridad. En cambio, cuando en un sistema normativo la validez del acto de conducta depende sólo de su adecuación a la norma, prescindiendo de la convicción o inten-

ción del obligado, decimos que hay exterioridad. El derecho se caracteriza como un sistema en donde prevalece la exterioridad, en virtud de que la validez en el cumplimiento de los deberes jurídicos no depende de la intención del obligado, sino de la simple observancia de la norma, aun cuando se lleve a cabo contra su propia voluntad y convicción, v. gr.: hacemos el pago de una deuda contra nuestra voluntad, no obstante lo cual, ese pago es jurídicamente válido. En cambio, en un sistema en donde exista la interioridad, el cumplimiento del deber no debe realizarse sólo de acuerdo con la norma, sino además, conforme a los principios y convicciones del obligado. Es así como Kant *(Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres,* cap. I) requiere la pureza de las intenciones, la rectitud en los propósitos y en el acto mismo de conducta, para obrar no sólo conforme al deber, sino por el deber mismo. En conclusión, podemos decir que la exterioridad es propia del derecho, y de los convencionalismos sociales, así como que la interioridad caracteriza a la moral y a la religión. Desde el punto de vista del derecho todo deber cumplido tiene plena validez a pesar de que el obligado ejecute el acto en contra de su voluntad, incluso si se recurre a la ejecución forzada que realiza el Estado haciendo uso de la fuerza pública; por ejemplo: se paga una deuda; este acto, pago de la deuda, tiene plena validez en el derecho a pesar de que el deudor considere que no está obligado o que, aun cuando reconozca la deuda, no quiera pagarla, es decir, que tuviera el propósito firme de no cumplir con el deber jurídico. Lo mismo decimos para el cumplimiento de los deberes sociales. En ocasiones observamos fórmulas de cortesía no obstante que abriguemos sentimientos adversos para con la persona con quien tengamos esas fórmulas y exclusivamente por cumplir desde el punto de vista social, dispensemos simplemente atenciones exteriores. Esta característica de interioridad en la moral y en la religión y de exterioridad en el derecho, se ha objetado por algunos tratadistas afirmando que el ordenamiento jurídico toma en cuenta la buena o la mala fe, por ejemplo: la intención lícita o dolosa. En los actos jurídicos se atiende al fin determinante de la voluntad y a la licitud que debe existir en el mismo, de tal manera que si el acto jurídico se realiza con un fin ilícito, es nulo. Se ha argumentado que en el derecho penal se toma en cuenta la intencionalidad del sujeto al realizar el acto delictuoso, de aquí la división de delitos intencionales y delitos de culpa o imprudencias punibles. En el derecho civil constantemente nos referimos a la buena o mala fe y a la intención dolosa o lícita en los actos jurídicos.

Con los argumentos anteriores se ha pretendido negar la exterioridad absoluta del derecho, alegando que hay un cierto grado de interioridad. No creemos fundadas estas críticas, pues cuando se afirma que un sis-

tema tiene como característica la exterioridad, no se toma en cuenta para calificarla el grado de intencionalidad en los actos que pueden caer bajo el imperio de ese sistema normativo, ni se atiende a la intención humana que no podrá permanecer ajena a la buena o mala fe. Lo que interesa es exclusivamente el momento relativo al cumplimiento del deber y no otros aspectos o momentos de la conducta y existirá la exterioridad cuando el acto de cumplimiento del deber tenga plena validez por el solo hecho de cumplirlo, aun cuando el sujeto proceda contra su voluntad, convicciones o principios, es decir, bastará la simple adecuación externa de la conducta con la norma. En cambio, existirá la interioridad cuando el deber cumplido para que tenga plena significación normativa, deba realizarse exclusivamente por el deber mismo y no por razones independientes del deber. El derecho, a pesar de que toma en cuenta ciertas manifestaciones de la intención y de la buena o mala fe, no por esto es un sistema en que prive la interioridad. Es necesario que el sujeto realice el acto, pues la simple intención de cumplir con el deber jurídico no basta. Se puede sostener la exterioridad del derecho a pesar de que desde otros puntos de vista, para la calificación de los delitos y validez de los actos jurídicos, se atienda a la buena o mala fe y al grado de intencionalidad con que se realiza el acto. También se ha dicho que desde el punto de vista de la moral y la religión no basta la pureza de las intenciones, si no llega a realizarse el acto. No basta el propósito sino el acto mismo. Se mantienen estos sistemas como interiores porque toman en cuenta el cumplimiento del deber como acto que debe ser espontáneo y la pureza en la intención del sujeto en el momento de cumplirlo. La validez del acto no radica en la moral y en la religión, en la adecuación externa de la conducta a la norma si no existe la convicción de que el sujeto realiza el cumplimiento del deber por el deber mismo.

7.—*Coercibilidad e incoercibilidad.*—Es sin duda la coercibilidad una de las características más importantes del derecho. Los grandes juristas están divididos acerca de la misma. En primer término, debe tratarse de definir lo que se entiende por coercibilidad para decidir si el derecho debe caracterizarse como sistema coercible y si este atributo le es esencial, o bien, si existen ordenamientos jurídicos no coercibles. El derecho internacional público es el que ha planteado esta grave cuestión, así como el derecho público que regula las relaciones de los altos órganos del Estado.

Debe diferenciarse la coercibilidad de la sanción. Todos los sistemas normativos tienen una sanción, pero no todos son coercibles. La sanción en términos generales, es un daño o mal que sobreviene por el incumpli-

miento de una norma, y desde este punto de vista, absolutamente todos los sistemas normativos tienen sanciones. El tipo de sanción será muy diferente en cada sistema; el modo de aplicación podrá ser diverso así como el órgano que la imponga; pero lo fundamental es que existen sanciones tanto en el derecho, en la moral, en la religión, como en los convencionalismos sociales. La sanción puede ser externa y en ocasiones interna: puede ser aplicada al sujeto insumiso a través de un mal que alguien le cause (por ejemplo: la sanción penal que puede consistir desde el simple arresto hasta la privación de la vida), o puede consistir en nuestro propio remordimiento por el incumplimiento de nuestros deberes morales o religiosos, etc. Definida la sanción como un mal que sobreviene al que viola una norma, evidentemente que todos los sistemas normativos tienen una sanción; así tenemos, además de lo dicho, el ridículo y el desprecio en los convencionalismos sociales. Por lo tanto, coercibilidad no quiere decir sanción en los sistemas normativos.

Legaz, *Introducción a la Ciencia del Derecho,* Bosch, Barcelona, 1943.

No todas las normas jurídicas son coactivas; la coacción no es un elemento constante en el derecho; podrá sostenerse que la perfectibilidad del derecho radica en que llegará a ser un sistema coactivo para su absoluta eficacia, para su exacto cumplimiento, pero todavía hay ramas del derecho en donde no existe la coacción.

En la actualidad se está elaborando un sistema coactivo para las relaciones de los Estados, pero aún no se ha alcanzado. Posiblemente se llegue a lograr un sistema jurídico aceptado por la integridad de los Estados, en donde el acto del incumplimiento del deber traiga consigo una sanción que sea aplicada por un tribunal internacional que tenga la fuerza militar suficiente para someter al Estado infractor haciéndole que sufra determinadas consecuencias; esto sería el ideal del derecho internacional público, pero hasta nuestros días no se ha logrado y aun cuando se lograse, los órganos supremos del Super-Estado, escaparían a la coacción en el caso de incumplimiento de sus deberes.

Kelsen afirma que la guerra es la coacción del derecho internacional público. Ahora bien, la coacción se caracteriza por ser el infractor quien sufre el castigo. En la guerra no sucede lo mismo, pues no hay un sistema normativo que permita a un órgano capacitado imponer al infractor una sanción. Puede ser una defensa por parte del Estado víctima, para repeler la agresión. En el derecho público no hay un procedimiento coactivo para que los más altos órganos del Estado, como órganos, sufran determinadas sanciones; menos aún existe la posibilidad de que mediante

la ejecución forzada puedan ser obligados a realizar ciertos actos. La razón es evidente: en la jerarquía de los órganos estatales llegamos al órgano supremo, es decir, al órgano que no admite otro superior; si al órgano superior se le aplicara una sanción por la violación del deber jurídico, habría que admitir sobre él otro que aplicase la sanción, que sería el supremo; de manera que siempre el órgano superior escapará a la posibilidad de que otro órgano llegue a sancionarlo.

Desde luego, las normas jurídicas que regulan las obligaciones y deberes de los órganos supremos del Estado, son normas no coactivas; el derecho, por lo tanto, presenta ejemplos de normas de esa naturaleza y, sin embargo, no podemos discutir el carácter jurídico de esas normas. Entonces debemos aceptar que la coacción no es elemento esencial del derecho. Problema distinto es la conveniencia de que la coacción se presente en todas las normas jurídicas. En el derecho público o en el internacional público se trata de realizar, sin lograrlo, por un impedimento lógico insuperable, el procedimiento coactivo.

El problema se presenta en el derecho público para elaborar el procedimiento que pueda no sólo sancionar los actos ilícitos de los órganos supremos del Estado, sino crear, además, un procedimiento para que cumplan forzadamente con sus deberes jurídicos. Tenemos en nuestro sistema jurídico el juicio constitucional de amparo, como ejemplo en donde la coacción está admitida como característica propia del derecho. A través del juicio de amparo se puede obligar al Presidente de la República, al Congreso de la Unión y a los altos órgano del Estado a que cumplan sus deberes jurídicos cuando los hubiesen violado. El sistema del amparo no es completo, sólo existe esta posibilidad cuando los altos órganos del Estado violan las garantías individuales que otorga la Constitución. Esos actos ilícitos de la autoridad, así sea el Jefe del Estado o el Congreso de la Unión, sí son nulificados a través del juicio de amparo, obteniéndose que la autoridad responsable cumpla el deber jurídico que ha violado. No pasa lo mismo con todos los deberes jurídicos que tienen los órganos del Estado; pues hay la posibilidad de que violen deberes jurídicos que no pueden ser obligados a cumplir coactivamente. Sin embargo, el procedimiento del amparo es un ejemplo respecto a la posibilidad de que el sistema jurídico se cumpla; aun cuando no es un sistema coactivo en todos sus aspectos.

Kelsen sostiene que la coacción sí es esencial al derecho. Admitimos que en el derecho privado todo acto de incumplimiento del deber jurídico faculta a un órgano del Estado para aplicar mediante la fuerza, si es necesario, una determinada sanción. En el derecho público es exacta la tesis respecto de los órganos jerarquizados, pero no respecto de los órga-

nos supremos; Kelsen hasta hoy no ha contestado esta objeción. Considera que en el derecho internacional público la guerra es el procedimiento coercitivo. Que así como la venganza privada fue el sistema jurídico en los derechos primitivos, así también la guerra se convierte en un sistema en el que cada Estado se hace justicia por su propia mano.

En todos los demás sistemas normativos no tenemos siquiera la posibilidad de pensar que lleguen a ser sistemas coactivos, porque en ese momento dejan de pertenecer a la moral, a la religión o a los convencionalismos sociales y se convierten en sistemas jurídicos.

CAPITULO II

El Derecho Objetivo, las Grandes Divisiones del Ordenamiento Jurídico y su Estructura Escalonada

1.—*Derecho público y derecho privado.*—Una de las clasificaciones más discutidas y difíciles de fundamentar jurídicamente, es la que distingue dos partes principales en el derecho objetivo: derecho público y derecho privado.

Esta distinción es la tradicional y nos viene desde el derecho romano, sin embargo, el criterio de diferenciación no se ha considerado suficientemente fundado. Por esto los juristas han ensayado constantemente nuevos criterios para formular esa división de las normas jurídicas.

El problema ofrece dificultades muy serias, en virtud de que en el derecho no es posible lograr categorías cerradas, cuadros inflexibles, dada la interferencia constante que existe en las materias jurídicas y, especialmente, en la clasificación del derecho desde el punto de vista público o privado.

Independientemente de los distintos criterios que se han adoptado y que puedan adoptarse para clasificar el derecho desde el punto de vista público o privado, una primera reflexión se impone en cuanto a la naturaleza misma del derecho en general, que por definición y por esencia siempre ha sido y será un conjunto de normas de indiscutible interés público.

La distinción desde el punto de vista del interés público o privado, para clasificar las distintas ramas del derecho, no puede tener pretensiones de validez absoluta y de plena consistencia científica, pues en las

normas e instituciones uniformemente reconocidas como pertenecientes al derecho privado, hemos señalado, aun cuando sea brevemente, su marcado interés público.

Para otros autores, León Duguit, por ejemplo, no puede prevalecer un determinado interés público o privado para considerar en función del mismo que existan normas de derecho privado o público, pues es de la esencia de toda regla jurídica, realizar la solidaridad social y, por consiguiente, todas las instituciones jurídicas tienen fundamentalmente un fin social. En otras palabras, todas las normas jurídicas son de derecho público, o más bien, el derecho por serlo es de carácter público, de tal suerte que su naturaleza no puede permitir una jerarquización de intereses, que el individualismo creyó encontrar, al considerar infundadamente que existen ciertas normas e instituciones jurídicas creadas para fines individuales, en tanto que hay otras cuya función es exclusivamente social. Por esto, dicho autor sólo admite la diferenciación de las normas jurídicas desde el punto de vista de la sanción, estimando que las que se han considerado como normas del derecho público, cuando se refieren a los altos órganos del Estado, no pueden ser sancionadas, para los casos de violación o incumplimiento del mandato que las mismas estatuyan, supuesto que nadie podría sancionar al propio Estado, dispensador de la sanción. (León Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel,* 4ª ed., París, 1923, págs. 41 a 47).

Se nota por consiguiente la tendencia en el derecho moderno, en el sentido de negar valor a la distinción tradicional romana de derecho público y de derecho privado. Sin embargo, aun cuando es difícil fundar el criterio de distinción, no obstante, en la clasificación de las diversas ramas de esos dos grandes sectores del derecho, la uniformidad de los autores está de acuerdo en que las normas jurídicas relacionadas con la organización del Estado de una manera directa (derecho constitucional, derecho administrativo) o indirecta (derecho procesal) son indiscutiblemente de derecho público, en tanto que las reglas relacionadas con la organización de la familia y el patrimonio (derecho civil y mercantil) son también consideradas unánimemente como de derecho privado. Al lado de estas ramas, existen en algunos Estados, como derechos de reciente creación, el agrario, el obrero y el social. Independientemente de las razones políticas que existan para considerar estas ramas dentro del derecho público, por su naturaleza, dado que principalmente tienen un aspecto patrimonial, deben incluirse en el derecho privado.

2.—*Origen romano de la distinción en jus publicum y jus privatum.*— Se debe a los romanos haber formulado la distinción de jus publi-

cum y jus privatum, que posteriormente pasa al derecho continental europeo. En un principio la distinción romana fue muy vaga, en virtud de que se fundó en simples diferencias procesales, pero posteriormente llegó a alcanzar un significado muy semejante al que se le atribuye en la actualidad principalmente en Francia, Italia y Alemania, según la naturaleza del interés público o privado.

3.—*Distinción fundada en el interés.*—Según sea el interés protegido por la norma, colectivo o particular, esta doctrina hace la distinción entre derecho público que protege intereses generales y derecho privado que se refiere a intereses particulares exclusivamente.

El origen de esta teoría es indiscutiblemente romano y con relación a ella Kelsen considera que: "Fácilmente se comprende que está dominado por un punto de vista metajurídico, y que, por tanto, no puede realizar una división que resulte aprovechable por la teoría del derecho. Querer calificar jurídicamente las normas de derecho con arreglo al fin que aspiran a realizar, equivaldría a pretender clasificar los cuadros de un museo por su precio; y uno y otro criterio son igualmente inservibles. La división de las proposiciones jurídicas sólo puede referirse al contenido o a la articulación de los hechos que constituyen la condición o la consecuencia; por tanto, a objetos inmanentes, no trascendentes al derecho. Por lo demás, es sencillamente imposible determinar de cualquier norma jurídica si sirve al interés público o al interés privado. Toda norma sirve siempre a uno y otro (*Teoría General del Estado,* Editorial Labor, S. A., 1934, traduc. de Luis Legaz Lacambra, pág. 106).

4.—*Teoría de Jellinek respecto a la coordinación y supraordinación.*—Este autor considera que las relaciones del derecho privado son de simple coordinación, entre sujetos de igual categoría, y las del derecho público, son de supraordinación y subordinación respectivamente, entre sujetos de distinta categoría, por ser uno superior y el otro inferior, es decir, entre el órgano del Estado y el súbdito.

Es por consiguiente la naturaleza de la relación jurídica, la que sirve de fundamento para formular la clasificación del derecho en público y privado, asignando a su vez diversa naturaleza a las normas jurídicas que rigen las relaciones de coordinación entre sujetos iguales y de subordinación entre personas distintas.

Jellinek, *Teoría General del Estado,* traduc. de Fernando de los Ríos Urruti, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943.

5.—*Las distintas ramas del derecho público.*—El derecho público es el derecho del Estado, es el conjunto de reglas que organizan su acti-

vidad y que rigen las atribuciones, facultades y relaciones de los órganos del Estado entre sí y de éstos con los particulares o, para hablar en términos de Duguit, el derecho público está constituido por el conjunto de reglas que organizan la actividad de los gobernantes y las relaciones de éstos con los agentes y particulares, por oposición al derecho privado que está constituido por un conjunto de reglas que reglamentan exclusivamente las relaciones entre particulares. En el derecho público, por consiguiente, es necesario distinguir el conjunto de normas que reglamentan la organización del Estado, las facultades y los poderes de sus órganos, y por otra parte el conjunto de normas que regulan las relaciones entre dichos órganos y los particulares.

Hay tres aspectos fundamentales del derecho público: a).—Como derecho del Estado en sí mismo; b).—Como derecho que fija las relaciones de los órganos del Estado con los particulares; y c).—Como derecho que establece las relaciones entre los Estados. En realidad, los dos primeros aspectos constituyen el derecho público interno, que comprende las siguientes ramas: derecho constitucional, jurisdiccional, penal y administrativo y, por otra parte, el derecho público externo, o sea aquel que reglamenta las relaciones de los Estados entre sí. Esta rama del derecho. constituye la materia del derecho internacional, que se divide en derecho internacional público y derecho internacional privado.

6.—*El derecho civil y las ramas que se han separado del mismo.*— Podemos definir el derecho civil diciendo que es la rama del derecho privado que tiene por objeto regular los atributos de las personas físicas y morales y organizar jurídicamente a la familia y al patrimonio, determinando las relaciones de orden económico entre los particulares, que no tengan contenido mercantil, agrario u obrero.

Considerando que por una evolución operada dentro del seno del derecho privado se han venido destacando como ramas autónomas, respectivamente, el derecho mercantil, el derecho del trabajo y el derecho agrario, es necesario definir el derecho civil por exclusión.

Conforme a un concepto general bastaría decir que en esta última rama se regulan todas las relaciones entre particulares que no sean comerciales, agrarias u obreras. No obstante, conviene determinar, dentro de estas relaciones que median entre particulares, cuáles son las que específicamente regula el derecho civil. Por este motivo aludimos, en primer término, a las relaciones familiares y, después, a las de tipo patrimonial, precisando que estas últimas no deben tener contenido mercantil, agrario u obrero.

En la organización jurídica del patrimonio y de las relaciones que se originan entre particulares por virtud de los derechos reales y personales, el derecho civil se concreta exclusivamente a regular todos aquellos vínculos que aun cuando tengan contenido económico no sean de naturaleza comercial, obrera o agraria. Sobre este particular cabe decir que habiéndose separado estas últimas ramas del viejo derecho civil, ya éste no comprende íntegramente la reglamentación de todas las relaciones patrimoniales entre particulares. Primero aparecen aquellos vínculos que se establecen entre comerciantes y que derivan de los actos mercantiles. Su estructuración jurídica, dio origen al derecho comercial. Posteriormente, por virtud de las relaciones que se originan entre trabajadores y patronos, merced al contrato de trabajo, fue necesario crear una rama especial que derogando algunos principios del derecho civil, principalmente el de la autonomía de la voluntad, pudiera tutelar eficazmente a la clase trabajadora. Aun cuando en el fondo las relaciones derivadas del contrato de trabajo son relaciones jurídicas de crédito, es decir, entre acreedor y deudor y, por lo tanto, deberían quedar comprendidas en la teoría general de las obligaciones, con sus modalidades especiales en la regulación de la prestación de servicios, se comprendió que no era conveniente aplicar el viejo sistema civil, con su libertad de contratación, al régimen jurídico del contrato de trabajo en todas sus manifestaciones. De aquí la necesidad de que surja una rama especial que con el carácter de sistema imperativo venga a tutelar los derechos del trabajador y a reconocer especiales consecuencias en esta materia. Finalmente en determinados Estados como México, el acaparamiento de la tierra, la existencia de grandes latifundios y la privación a las comunidades de vida agrícola de las tierras y aguas necesarias para su subsistencia, motivó la necesidad de un derecho que, separándose de la organización jurídica de la propiedad ordinaria, protegiera eficazmente la propiedad agrícola y, sobre todo, estableciera los medios necesarios para la restitución de tierras y aguas a aquellos poblados a quienes indebidamente se les hubiese privado, y la dotación de las mismas para las comunidades que carecieren de ellas.

Por consiguiente, el derecho agrario, aun cuando tiene por objeto regular la propiedad rústica, su programa es fundamentalmente distinto del que realiza el derecho civil.

7.—*Materias que comprende el derecho civil.*—Dos ramas podemos distinguir en el derecho civil: primero, derecho de las personas (que regula los atributos de las personas físicas y morales) y régimen jurídico de la familia; y, segundo, derecho civil patrimonial.

El derecho civil familiar o derecho de familia, tiene por objeto la regulación de todos los vínculos que se establecen por virtud del parentesco o del matrimonio, así como las consecuencias de tipo patrimonial que se derivan de dichos vínculos. A través de las relaciones que origina el parentesco, se comprenden no sólo los vínculos entre padres e hijos o relaciones paterno-filiales, sino también todos aquellos que se extienden al parentesco consanguíneo en línea recta o colateral, al parentesco por afinidad y al parentesco por adopción. En esa parte quedan comprendidas las relaciones derivadas de la patria potestad. En cuanto a la tutela ya se explicará que se presenta como una institución auxiliar o supletoria de la patria potestad. Respecto a las relaciones conyugales, el matrimonio es indiscutiblemente la institución fundamental para la organización jurídica de la familia legítima, manteniendo sus vínculos con las consecuencias que derivan del parentesco, en los casos de filiación legítima y legitimación.

El divorcio, a su vez, se presenta como una institución relacionada con el matrimonio, y aun cuando desde el punto de vista jurídico implica la disolución de dicho vínculo, ha sido menester que el derecho regule este aspecto ante causas graves que hacen ya imposible la vida en común de los consortes. Esta rama del derecho civil se caracteriza por ser un sistema imperativo, en el que excepcionalmente se permite que los particulares puedan modificar las consecuencias jurídicas que se deriven directamente de la ley.

El *derecho civil patrimonial* comprende las siguientes partes:

1).—Régimen jurídico de los derechos reales, incluyendo la organización jurídica del patrimonio en general y la clasificación de los bienes;

2).—Régimen de las obligaciones o derechos personales. Se comprenden aquí las distintas relaciones jurídicas entre acreedor y deudor que nacen del contrato o de las fuentes denominadas extracontractuales (declaración unilateral de voluntad, testamento, sentencia, acto administrativo, enriquecimiento sin causa, gestión de negocios, hechos ilícitos y responsabilidad objetiva).

3.—Sistemas de liquidación patrimonial en la herencia, el concurso y la ausencia.

8.—*Definición de las distintas ramas del derecho.*—Habiendo ya definido el derecho civil, daremos una idea muy elemental de las distintas ramas del derecho privado y público, en los siguientes términos:

a).—*Derecho mercantil.*—Es la rama del derecho privado que tiene por objeto regular las distintas relaciones jurídicas que se derivan de los

actos de comercio y que se establecen respectivamente entre comerciantes, comerciantes y particulares o particulares exclusivamente. También comprende las normas constitutivas de las sociedades mercantiles e instituciones de crédito, como sujetos colectivos de esta rama del derecho privado.

b).—*Derecho del trabajo.*—Es la rama del derecho privado que tiene por objeto regular las distintas relaciones jurídicas que se crean entre trabajadores y patronos por virtud del contrato de trabajo, ya sea individual, colectivo o contrato-ley. Asimismo se ocupa de dar las bases para la constitución de las personas morales (sindicatos, asociaciones profesionales, etc.) que reconoce este sistema normativo.

c).—*Derecho agrario.*—Es la rama del derecho privado que en México tiene por objeto determinar las normas conducentes para la dotación y restitución de tierras y aguas a las comunidades de vida agrícola que carezcan de dichos elementos. Comprende además el conjunto de normas que regulan la pequeña propiedad agrícola, el fraccionamiento de los grandes latifundios y las modalidades que sufre la propiedad rústica en cuanto a la debida distribución de las tierras y aguas. Finalmente, define los distintos sujetos individuales y colectivos que intervienen en las relaciones jurídicas reguladas por este sistema normativo.

d).—*Derecho constitucional.*—Es la rama del derecho público que determina la estructura orgánica del Estado, su forma de gobierno, sus distintos órganos, funciones y atribuciones, así como las relaciones de los mismos entre sí. Garantiza además a las personas físicas y morales una esfera de derecho jurídicamente invulnerable frente al Estado mismo, mediante el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos o garantías individuales.

e).—*Derecho administrativo.*—Es la rama del derecho público que tiene por objeto regular todo lo relacionado con la administración pública y la prestación de los servicios públicos. Para el logro de esta finalidad reglamenta relaciones entre los particulares y los órganos del poder público encargados de dicha administración.

f).—*Derecho procesal.*—Es la rama del derecho público que regula la función jurisdiccional del Estado para la administración de justicia, a fin de que se resuelvan los conflictos que surjan entre particulares, o se esclarezcan los derechos o situaciones jurídicas dudosas, eliminando la incertidumbre jurídica. También se ocupa de regular la función punitiva del Estado, para determinar el procedimiento que habrá de seguirse en la investigación de los delitos y la imposición de las penas en su caso.

g).—*Derecho penal.*—Es la rama del derecho público que determina cuáles son los hechos punibles o delitos, las penas o sanciones respec-

tivas y las medidas preventivas para defender a la sociedad contra la criminalidad.

h).—*Derecho internacional público.*—Es la rama del derecho público que regula las relaciones jurídicas pacíficas o belicosas que surjan entre los distintos Estados de la comunidad internacional. Existe, por consiguiente, un derecho internacional de paz y un derecho internacional de guerra entre los Estados. Se le llama también derecho público externo.

i).—*Derecho internacional privado.*—Es la rama del derecho que resuelve en qué casos pueden aplicarse las leyes del Estado a los nacionales que radiquen en el extranjero, o bien, cuándo los extranjeros pueden invocar su ley nacional para que ésta se les aplique en el territorio del Estado en donde se encuentren, es decir, con alcance extraterritorial.

9.—*El orden jurídico y su estructura escalonada.*—Esta es una de las partes medulares del sistema kelseniano, al considerar al orden jurídico como un sistema unitario en el que las normas están jerarquizadas entre sí, en relaciones de supraordinación y subordinación, según se les considere respecto de una norma superior o inferior. La pluralidad de normas que constituyen el derecho objetivo, forman un sistema unitario, porque su validez puede y debe ser referida a una norma fundamental, que viene a ser la última fuente o término de esa estructura escalonada o jerarquía de normas. Toda norma jurídica deriva su validez de otra que se encuentra en un plano superior, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental, o constitución en sentido lógico-jurídico. En las normas notamos diferente carácter de generalidad, para ir descendiendo en una escala que nos lleva a las normas individualizadas. De esta suerte una norma puede encontrarse en medio de dos planos, uno superior y el otro inferior. Es decir, puede encontrarse en relaciones de supraordinación y subordinación. Está subordinada a la norma que le es superior, y a su vez, a ella se encuentra subordinada una norma inferior. Por ejemplo, el reglamento es una norma jurídica general, que está subordinada a la ley, como norma aún más general y que se halla en un plano superior, de supraordinación; pero la ley a su vez está subordinada a la norma fundamental o constitución. En las constituciones es necesario también determinar que cierta constitución histórica deriva su validez de otra anterior y así sucesivamente hasta llegar a la primera constitución histórica de un Estado, llamada norma fundamental hipotética, o constitución en sentido lógico-formal, en oposición a la constitución vigente que lo es en sentido jurídico-positivo. Una norma individualizada, como la sentencia o la resolución administrativa, deriva su validez y se encuentra subordinada a una norma general que la rige, y a su vez esta norma

general entra en el encadenamiento escalonado o jerarquizado que hemos descrito, hasta llegar a la norma fundamental.

La norma fundamental tiene un carácter hipotético, en virtud de que suponiendo la validez de la misma, vale también todo el orden jurídico que de ella dimana. Es decir, esa norma fundamental no puede derivar su validez de otra norma, pues en ese mismo instante y por ese solo hecho, dejaría de ser fundamental. La lógica exige imperiosamente que la norma fundamental sea el término más alto de la jerarquía normativa, y por lo tanto, constituye un valor en sí, o mejor, su validez es hipotética.

La norma fundamental sirve como principio ordenador, coordinador y regulador de todo el sistema jurídico para establecer el proceso normativo, las modificaciones en el mismo aumentándolo o disminuyéndolo por reglas jurídicas nuevas, por derogación de las existentes, o bien, por substitución de todo un sistema.

10.—*El derecho regula su propia creación.*—Este es el principio fundamental de la teoría pura del derecho y constituye, según Kelsen, la particularidad específica de lo jurídico. El orden normativo no está integrado por un conjunto de normas aisladas y sin vinculación, sino por una serie jerarquizada de diversos sistemas jurídicos que se unen entre sí para desembocar directamente en la norma fundamental. En esta jerarquía el grado supremo corresponde a la norma fundamental o constitución que a su vez constituye el método de creación de las normas jurídicas y el procedimiento orgánico (función de los órganos) destinados en esa labor de dinámica jurídica. En el plano inmediatamente inferior a la constitución se encuentran las leyes ordinarias que constituyen las normas de segundo grado y determinan a su vez el contenido de las normas de tercer grado, llamadas reglamentos. En la escala jurídica, la legislación ordinaria "significa el establecimiento de normas jurídicas generales, cualquiera que sea el órgano que la realice: democrático o autocrático, parlamento o la combinación de un parlamento con un monarca, o solamente este último" (*Compendio de la Teoría General del Estado,* pág. 193). Además de la legislación ordinaria y en el plano inmediatamente inferior se encuentran los reglamentos, que en los Estados modernos son en verdad normas generales dictadas por un órgano administrativo, en virtud de que la norma fundamental así lo determina: "Estos reglamentos suelen versar sobre puntos de procedimiento y ejecución... y constituyen respecto a la ley un grado inferior, significan una cierta concretización de la misma, pues en ellos se continúa ulteriormente el proceso de creación del derecho". (*Compendio,* pág. 194).

Se nota que en este proceso normativo existe también un principio fundamental, según el cual la creación o dinámica del derecho va de lo general a lo particular, a través de un sistema de individualización de las normas abstractas, que van descendiendo en la jerarquía jurídica, y en cada grado, las nuevas normas pierden un punto de generalidad para ganar correlativamente en determinación. La norma abstracta que enlaza la consecuencia a la condición, necesita ser individualizada para tener aplicación y sentido en el derecho. En otras palabras, la hipótesis abstracta de la ley necesita concretarse en una norma jurídica de carácter particular llamada sentencia, resolución administrativa o negocio jurídico.

De esta suerte, continúa el proceso descendente y creador, para que las normas generales contenidas en la legislación ordinaria (códigos civiles, penales, procesales, mercantiles, etc.) y en los reglamentos, se individualicen en las sentencias, resoluciones administrativas y negocios jurídicos. Nuevamente advertimos que en esta jerarquía jurídica se ha bajado un grado más, pero este descenso sigue siendo regulado por la norma fundamental a través de las leyes ordinarias. La sentencia no es otra cosa que una norma jurídica individualizada, que aplica una norma general, para darle sentido y realidad a la consecuencia jurídica hipotéticamente prevista en la ley.

La resolución administrativa constituye en esencia, según Kelsen, una norma análoga a la sentencia judicial, pues decide en un caso litigioso, aplicando la consecuencia jurídica al hecho condicionante, con la diferencia de que no es el órgano judicial, sino el administrativo, el que crea esa norma jurídica individual para un caso concreto.

El negocio jurídico, y especialmente el contrato, constituye otra forma de creación del derecho pasando de lo general a lo particular. El contrato es la ley de las partes. Es decir, es una norma individual que rige sus relaciones jurídicas; pero además cumple una función distinta: es el supuesto jurídico condicionante para que la sentencia enlace una consecuencia jurídica con la norma general.

Por último, y en el plano más inferior de la escala jurídica, encontramos los actos de ejecución, consistentes, según Kelsen, en los actos coactivos del Estado. (Pena o ejecución forzada, respectivamente en el orden penal o civil). (Kelsen; *Teoría Pura del Derecho,* pág. 56).

11.—*La pirámide jurídica.*—Kelsen desarrolla los lineamientos fundamentales de la estructura escalonada del orden jurídico, así como el procedimiento de jerarquización e individualización de normas que acabamos de describir; pero fue su discípulo, Adolfo Merkl, el que elaboró en forma más completa el sistema que podríamos llamar de la pirámide

jurídica, en su obra *Die Lebre von der Rechtskraft*. También en este sentido Bierling y Verdross han hecho estudios interesantes sobre la jerarquización de las normas. En la pirámide jurídica la cúspide estaría simbolizada por la constitución en sentido lógico-jurídico o norma fundamental hipotética. En el plano inmediato inferior la legislación ordinaria y los reglamentos, para descender después a la zona siguiente integrada por las sentencias y negocios jurídicos, y llegar a la base de la pirámide o capa inferior, constituida por los actos postreros de ejecución: pena y ejecución forzada.

12.—*La soberanía del Estado y la norma fundamental.*—Para Kelsen la soberanía no es otra cosa que el orden jurídico supremo, representado en la constitución en sentido lógico-jurídico, que no admite ningún otro orden superior, pues dejaría de ser en ese instante mismo orden supremo y norma fundamental. Lógicamente esta norma fundamental no puede pertenecer a otro ordenamiento, ni puede estar subordinada a ninguna norma, ni puede derivar su validez de un proceso jurídico, sino que debe ser supuesta, es decir, hipotética. La soberanía del Estado, no es otra cosa que la soberanía del orden jurídico o estatal, por cuanto que todas las normas que lo integran encuentran su último fundamento de validez o vigencia y su unidad, en la norma última o fundamental, cuya fórmula sería aproximadamente la siguiente: "se debe uno portar como ordena el órgano que establece la primera constitución".

La soberanía del ordenamiento jurídico supone necesariamente la exclusividad y unicidad del mismo. "No se pueden admitir dos o más normas u órdenes, que deben estar vigentes, situados uno al lado del otro, sin referir la validez de ambos a un único y mismo fundamento. Esta unidad del sistema normativo es sólo el correlato de la unidad del conocimiento normativo" (*Compendio,* pág. 140). La soberanía del orden jurídico lo caracteriza también como un orden total. Todos los sistemas jurídicos deben coordinarse entre sí en relaciones de subordinación y supraordinación respectivamente, y esto sólo es posible merced a la sumisión de todos a la norma fundamental. "De esta suerte los diversos órdenes subordinados, coordinados y supraordinados entre sí aparecen como partes del orden total, y son el fundamento respectivo de las varias comunidades parciales por ellos constituidas. Así, pues, llamar soberano a un orden significaría que se le quiere hacer valer como orden total" (*Compendio,* pág. 140).

TITULO II

TEORIA GENERAL DE LA NORMA JURIDICA

CAPITULO I

Las Fuentes del Derecho

1.—*Definición.*—Se definen las fuentes del derecho como los diversos procesos a través de los cuales se elaboran las normas jurídicas. Estos procesos pueden comprender tanto las manifestaciones reales que dan origen a las normas jurídicas, por virtud de los distintos factores sociales, económicos, políticos, religiosos, etc., etc., como las formas reguladas por el propio derecho para la creación sistemática y ordenada de las citadas normas, tal como ocurre respectivamente en el proceso legislativo, en la obra constante de la jurisprudencia y en la elaboración que se lleva a cabo por la costumbre jurídica.

Bonnecase en su *Introducción al Estudio del Derecho* (traducción del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla) distingue en los capítulos 3º y 6º las fuentes formales y las fuentes reales del derecho.

"Podemos definir las fuentes formales de las reglas de derecho y de las instituciones jurídicas como las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del derecho. En otras palabras, una regla de conducta sólo se eleva a la dignidad de regla de derecho dotada de la plenitud de sus efectos, es decir, de regla de derecho positivo, según el término consagrado, si puede prevalerse de un origen que se identifique con tal o cual fuente jurídica formal" (*ob. cit.*, págs. 131 y 132).

2.—*Significados del término fuente.*—García Máynez dice:

"En la terminología jurídica tiene la palabra fuente tres acepciones que es necesario distinguir con cuidado. Se habla, en efecto, de fuentes formales, reales e históricas del derecho".

"Por fuente formal entendemos los procesos de manifestación de las normas jurídicas".

"Llamamos fuentes reales a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas".

"El término fuente histórica, por último, aplícase a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes. En este postrer sentido se dice, por ejemplo, que las Instituciones, el Digesto, el Código y las Novelas, son fuentes del derecho romano".

Corresponde a Gény (*Ciencia y Técnica en Derecho Privado Positivo*) haber señalado las diferencias entre la ciencia jurídica y su técnica, lo que a su vez, dice Bonnecase, permite la distinción entre el derecho y la ley. La ciencia se refiere al estudio de las fuentes reales, tomadas en sí mismas y en sus datos constantes. La técnica, por el contrario, trata de las fuentes formales. Una consecuencia de la distinción entre ciencia y técnica, permite hablar de ciencia del derecho en sentido estricto, y en sentido lato. Como la ciencia es inseparable del método y de la técnica, en el amplio sentido de la palabra debe comprender las tres cosas: fuentes reales, es decir, ciencia en sentido estricto; fuentes formales o técnica y, finalmente, método.

3.—*Clasificación de las fuentes formales.*—Las fuentes formales del derecho se clasifican generalmente en la doctrina en tres grandes grupos: 1.—*La legislación;* 2.—*La costumbre* y 3.—*La jurisprudencia.*

Francisco Gény en su obra *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo* (segunda edición, Editorial Reus, Madrid, 1925) señala como fuentes formales del derecho a la *ley, a la costumbre y a la "autoridad y tradición"*, o sea, a la jurisprudencia y a la doctrina.

Define Gény la ley escrita, en su más amplia acepción como una regla jurídica general con carácter obligatorio, elaborada regularmente por una autoridad socialmente instituida y competente para desarrollar la función legislativa. Dentro del concepto amplio de ley comprende las leyes propiamente dichas, los decretos y los reglamentos.

CAPITULO II

La Costumbre como Fuente del Derecho

1.—*La costumbre jurídica.*—La costumbre se forma de dos elementos: uno material, consistente en la repetición de un proceder o comportamiento, y el otro espiritual o subjetivo que se hace radicar en la convic-

ción de obligatoriedad que existe en el ánimo popular respecto al citado proceder o comportamiento.

Al referirse Coviello al elemento material o de hecho, consistente en el hábito, señala como característica del mismo el ser general, constante y más o menos permanente. En el requisito de la generalidad distingue los usos referidos a personas determinadas, como por ejemplo, a ciertos contratantes, de la costumbre como hábito de la colectividad, para que exista el atributo común con la norma jurídica, o sea, el ser una regla general. En cuanto al requisito de la constancia, lo desenvuelve respectivamente en los de uniformidad y continuidad. Es decir, que los hábitos sociales siempre sean los mismos y que no se interrumpan. Por último, la permanencia es una característica que no puede determinarse a priori en un cierto número de años, como se ha pretendido en el derecho canónico, en el cual la generalidad de los escritores ha exigido como requisito necesario que la costumbre tenga la misma duración que la prescripción positiva o adquisitiva.

En cuanto al elemento subjetivo llamado opinio juris o seu necessitatis, comprende la convicción de obligatoriedad que algunos autores como Jellinek atribuyen también al Derecho en general.

2.—*Definiciones principales de la costumbre jurídica.*—Como definiciones célebres de la costumbre, por la autoridad y prestigio de sus autores, tenemos las siguientes:

"*La castumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el jus moribus constitutum* (Du Pasquier, *Introduction a la théorie générale et a la philosophie du Droit,* p. 36).

La costumbre según Gény es "*un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que lo componen*" *(Méthode d'Interpretation,* I, p. 323).

El gran jurisconsulto Ulpiano precisó bien que *la costumbre es el consentimiento tácito del pueblo, inveterado por un largo uso.*

Para Jellinek la fuerza obligatoria de la costumbre, como de las normas jurídicas en general, descansa en un dato esencialmente subjetivo, consistente en la convicción de su obligatoriedad que debe tener el destinatario. A su vez, este elemento subjetivo se funda en lo que el citado autor ha denominado la fuerza normativa de los hechos, por virtud de la cual lo real se convierte en normativo. El jurista alemán estima que el derecho es obligatorio en tanto que los hombres están convencidos de su obligatoriedad, de tal suerte que la coacción como medio exterior que

tiene el Estado para obtener el cumplimiento de las normas jurídicas, carecería en realidad de fuerza, si no existiera el elemento subjetivo mencionado.

A este proceso psicológico, opone Kant la conocida fórmula de que de los hechos no es lícito deducir consecuencias normativas, o dicho en términos simples: el que algo se haya ejecutado de una manera constante, no quiere decir que deba seguirse ejecutando, si no existe otra razón que por sí sola funde la obligatoriedad del hábito.

Jellinek, *Teoría General del Estado,* traduc. de Fernando de los Ríos Urruti, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943, págs. 277 a 280.

3.—*Las tres formas de la costumbre jurídica.*—Una vez determinada la función de la costumbre como fuente de derecho, trataremos ahora de las tres distintas formas que puede presentar: es decir, de la costumbre con arreglo a derecho, de la costumbre en contra de la norma jurídica, y de la costumbre como forma supletoria de la ley ante las lagunas de la misma.

Es evidente que el primer caso, o sea, el de la costumbre con arreglo a derecho, no ofrece problema alguno, supuesto que en esa hipótesis, no es por virtud de la costumbre, sino en atención a la ley, como adquiere fuerza obligatoria. Simplemente significará, que el poder público reconoció en un momento dado a la costumbre, si ésta fue anterior a la ley, o bien, que la facticidad de la norma jurídica, por obtener una correspondencia y acatamiento constantes en la conducta de los hombres, ha permitido que se respete la ley en numerosos casos, constituyendo la buena costumbre de observarla, para que así pueda decirse que del cumplimiento exacto y permanente de la ley, nació la costumbre con arreglo a la misma.

El problema de la costumbre contraria a la ley, está resuelto expresamente por las leyes o Códigos Civiles, al prohibir que jamás podrá alegarse contra la observancia de una regla jurídica, desuso, costumbre o práctica en contrario.

El fundamento filosófico que sirve para reconocer fuerza obligatoria a la costumbre, no puede derivar de un simple hecho, es decir, de un hábito colectivo, sino en todo caso la validez de la norma consuetudinaria deberá fundarse en principios ideales, o bien en el reconocimiento expreso que haga el Estado, según sea el punto de vista que se adopte. Para algunos, la costumbre contraria a la ley carece de todo valor, en virtud de que desconoce o contraría la voluntad misma del Estado, expresada en un mandato legislativo.

Independientemente de este punto de vista estrictamente positivo, podría considerarse que cuando la costumbre es la expresión del derecho justo, y la ley consagra el derecho injusto, debe prevalecer la primera sobre la segunda, así como la justicia debe imperar sobre la injusticia. Aun cuando filosóficamente este criterio es indiscutible, encierra una serie de cuestiones que difícilmente podrían ser resueltas satisfactoriamente desde el punto de vista estrictamente jurídico. En primer lugar, se da por resuelto el grave problema de determinar qué es lo justo y qué es lo injusto. Además, se parte también de la base de que en un determinado caso, la costumbre representa el proceder justo y la ley el injusto. Por último, se resuelve que en contra de la obligatoriedad del derecho consagrado en la ley, cuando éste se estima injusto, debe prevalecer la costumbre que se considera justa. O en otras palabras, se faculta para desacatar la regla jurídica en los casos en que según un punto de vista ideal, se le califica como injusta.

El verdadero problema, dada la solución categórica que tenemos en el artículo 10 del Código Civil para el caso antes analizado, se presenta en la tercera forma de la costumbre, o sea, cuando ésta viene a suplir las lagunas de la ley.

Para aquellos que consideran que el derecho es siempre una norma jurídica elaborada por un órgano material o formal del Estado, la costumbre no puede suplir a la ley.

Bonnecase en su *Introducción al Estudio del Derecho* considera que la ley y la costumbre son las fuentes formales del derecho, dándonos la definición en cuanto a las mismas, que ya antes transcribimos.

Como artículos que aluden a la costumbre en nuestro Código Civil tenemos los siguientes: 997, 999, 1796, 1856, 2457, 2496, 2607, 2619, 2661, 2741, 2754 y 2517.

En dichos preceptos, la costumbre tiene fuerza obligatoria, no en sí misma, sino por un reconocimiento de la ley.

CAPITULO III

La Ley

1.—*La Ley y el reglamento.*—J. Bonnecase en su *Introducción al Estudio del Derecho* (Traducción del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, 1944) distingue la ley en sentido estricto y en sentido genérico. El primero es el sentido corriente, y al respecto dice: "Desde este punto de

vista la ley es, en Francia, en cuanto a su origen, una regla de derecho directamente emanada del Poder Legislativo y sancionada con la firma del jefe del Estado, o promulgada por él mediante un decreto. La promulgación tiene un triple objeto: atestiguar la existencia de la regularidad de la ley, ordenar su publicación y dar a los agentes del poder un mandamiento de ejecución" (pág. 147). Más adelante al definir la ley en cuanto al fondo dice: "Toda ley es, en principio, una disposición de orden general y permanente, que comprende un número indefinido de personas y de actos o hechos, a los cuales se aplica ipso jure, durante un tiempo indeterminado" (pág. 148).

Hans Kelsen en su *Compendio de Teoría General del Estado* (traducción de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate) distingue la ley del reglamento, en los siguientes términos: "En sentido específico, legislación significa establecimiento de normas jurídicas generales cualquiera que sea el órgano que la realice: democrático o autocrático, parlamento o la combinación de un parlamento con un monarca, o solamente este último. En las constituciones de los Estados contemporáneos se admite de ordinario la posibilidad excepcional, de que ciertas normas generales o de que todas las normas generales en determinadas circunstancias, puedan ser dictadas por un órgano distinto del que en principio y corrientemente está encargado de hacerlo, esto es, distinto del órgano propiamente legislativo (como es el parlamento o la unión del parlamento con el jefe del Estado). A estas normas generales se les denomina reglamentos. Ordinariamente, todas las autoridades administrativas están facultadas por la constitución para dictar reglamentos, dentro de su respectiva esfera de acción, sobre las bases de la ley (establecida por el legislador propiamente dicho), y en vista a la realización inmediata de la misma. Estos reglamentos suelen versar sobre puntos de procedimiento y ejecución. Los reglamentos constituyen respecto a la ley un grado inferior, y significan una cierta concreción de la misma, pues en ellos se continúa ulteriormente el proceso de creación del derecho" (págs. 193 y 194).

El artículo 89, fracción I, de nuestra Constitución vigente, estatuye que: "Las facultades y obligaciones del Presidente (de la República) son las siguientes: I.—Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia". En este texto, así como en el artículo 92 se reconoce la facultad reglamentaria del Ejecutivo, al prescribir este último que "todos los reglamentos, decretos y órdenes del Presidente, deberán estar firmados por el Secretario del Despacho encargado del ramo a que el asunto corresponda y sin este requisito no serán obedecidos". Propiamente la facultad reglamentaria se concede al Ejecutivo en la fracción I del artículo

89 citado, supuesto que debe proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia y cumplimiento de la ley.

De acuerdo con lo expuesto podemos considerar que en nuestro derecho vigente, la ley y el reglamento pueden ser estudiados desde el punto de vista material y formal. Conforme al primero, *se entiende por ley toda disposición de orden general, abstracta y obligatoria que dispone no para un caso determinado, sino para situaciones generales.* En sentido formal, la ley no se define tomando en cuenta su naturaleza general, sino el órgano que la elabora, y de esta suerte se dice que es todo acto del Poder Legislativo, aun cuando no implique normas de observancia general. Por lo que se refiere al reglamento, éste, desde el punto de vista material es una ley, porque tiene intrínsecamente todas las características de la misma, al ser una norma de naturaleza abstracta, general y obligatoria, aun cuando de alcance más restringido, supuesto que va concretando el campo de aplicación que en una forma más abstracta fija la ley, según el proceso de creación en el derecho a que se refiere Kelsen, y que va de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto. Desde el punto de vista formal, el reglamento no se confunde con la ley, en virtud de que no es elaborado por el órgano legislativo, sino por el ejecutivo.

2.—*Elaboración y vigencia de las leyes y reglamentos.*—Tanto en las leyes como en los reglamentos se distinguen dos períodos: a).—El de confección de la ley, cuya secuela o proceso indicaremos y b).—El de iniciación de su vigencia. Generalmente una vez publicada la ley, obliga, al transcurrir un breve término, que según el artículo 3º del Código Civil es de tres días después de su publicación en el Diario Oficial. Sin embargo, puede existir un lapso durante el cual se suspenda la aplicación de la ley, el cual se denomina *vacatio legis.* Justamente, el artículo 4º se refiere a esta posibilidad al estatuir la obligatoriedad de la ley, reglamento, circular o disposición general, a partir del día que se fije en los mismos para comenzar a regir. Desde el momento en que la ley es publicada, tiene todas las características de tal, como acto jurídico estatal, o sea, como manifestación de voluntad del Estado, de tal suerte, que se integran todos sus elementos al cumplirse el proceso legislativo que hemos descrito.

El Código Civil vigente, fue publicado según Diario Oficial de veintiséis de mayo de 1928, pero como en el mismo se estableció que entraría en vigor en la fecha que fijara el Ejecutivo (Art. 1º transitorio), no fue sino hasta el día primero de octubre del año de 1932, cuando tuvo fuerza obligatoria, es decir, entró a regir, según decreto del propio Ejecutivo,

de fecha 31 de agosto del año de 1932, publicado en el Diario Oficial del día 1° de septiembre de ese año.

Tiene importancia determinar el momento en que la ley tiene fuerza obligatoria, tanto respecto al problema de la retroactividad, como en cuanto al de la abrogación o derogación de una ley, por otra posterior. En ese sentido Borja Soriano comenta lo siguiente: "Ferrara dice, con razón, en su *Tratado de Derecho Civil* (t. I, págs. 252-253) que la posterioridad de una ley, se determina por la fecha de su promulgación y no por la de su entrada en vigor, pues la entrada en vigor no concierne a la eficacia formal de una ley, sino a su aplicación práctica (véase además Ruggiero, t. I, págs. 166-167). Baudry-Lacantinerie, et Houques-Fourcade (t. I, n. 117-118) refiriéndose a la abrogación tácita de la ley dicen que está fundada en esta regla de razón: que cuando el legislador ha manifestado sucesivamente dos voluntades diferentes, es la más reciente la que debe prevalecer" (*Teoría General de las Obligaciones*, t. I, pág. 153).

3.—*Etapas del proceso legislativo.*—Conforme a nuestro sistema, ya veremos que el proceso legislativo supone la intervención de un órgano compuesto, con funciones de contenido distinto, para realizar el acto complejo que comprende respectivamente la iniciativa, discusión, aprobación, promulgación y publicación de una ley. En cada uno de estos momentos generalmente intervienen órganos que realizan una función incompleta y aparentemente independiente.

En la iniciativa de una ley, conforme al artículo 71 de la Constitución Federal, pueden intervenir: a).—El Presidente de la República; b).—Los diputados y senadores del Congreso de la Unión y c).—Las legislaturas de los Estados.

En la discusión de la ley, intervienen ambas cámaras, que integran el Congreso de la Unión.

Artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Art. 71.—El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

I. Al Presidente de la República;

II. A los diputados y senadores al Congreso de la Unión, y

III. A las legislaturas de los Estados.

Las iniciativas presentadas por el Presidente de la República, por las Legislaturas de los Estados, o por las diputaciones de los mismos, pasarán desde luego a comisión. Las que presentaren los diputados o los senadores, se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates.

Art. 72.—Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el

Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones.

a) Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

b) Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término, hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

c) El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por ésta fuese sancionado por la misma mayoría el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación.

Las votaciones de ley o decreto serán nominales.

d) Si algún proyecto de ley o decreto fuese desechado en su totalidad por la Cámara de revisión, volverá a la de su origen con las observaciones que aquélla le hubiese hecho. Si examinado de nuevo, fuese aprobado por la mayoría absoluta de los miembros presentes volverá a la Cámara que lo desechó, tal cual lo tomará otra vez en consideración y si lo aprobare por la misma mayoría, pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción a); pero si lo reprobase, no podrá volver a presentarse en el mismo período de sesiones.

e) Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, o modificado, o adicionado por la Cámara revisora, la nueva discusión de la Cámara de su origen versará únicamente sobre lo desechado, o sobre las reformas o adiciones, sin poder alterarse en manera alguna los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presentes en la Cámara de su origen, se pasará todo el proyecto al Ejecutivo para los efectos de la fracción a). Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren reprobadas por la mayoría de votos en la Cámara de su origen, volverán a aquélla para que tome en consideración las razones de ésta, y si por mayoría absoluta de los votos presentes se desecharen en esta segunda revisión dichas adiciones o reformas, el proyecto, en lo que haya sido aprobado por ambas Cámaras, se pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción a). Si la Cámara revisora insistiere, por la mayoría absoluta de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones a no ser que ambas Cámaras acuerden, por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto sólo con los artículos aprobados, y que se reserven los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes.

Prescribe el artículo 72 constitucional que: "En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación".

En el acto de aprobación de una ley, participan también ambas cámaras, y el mismo artículo 72 regula el procedimiento para considerar

aprobado un proyecto de ley. El Poder Ejecutivo interviene también para conceder la aprobación, supuesto que según el inciso a) del citado precepto, si el Ejecutivo no hiciere observaciones al proyecto aprobado por ambas cámaras, se reputará aprobado por éste y deberá publicarlo inmediatamente con el carácter de ley.

La ingerencia del Ejecutivo, cuando no aprueba un proyecto, es decir, cuando ejercita el derecho de veto, tiene no obstante, un carácter especial, pues sólo surte el efecto de que sea devuelto con sus observaciones a la cámara de su origen, para que sea discutido de nuevo por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez, a la cámara revisora. Si por ésta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación y publicación en el Diario Oficial, con lo que el proyecto tendrá todas las características de la ley, de tal manera que desde ese momento, la misma quedará integrada y concluida.

Transcribimos a continuación el siguiente cuadro que tomamos de *Introducción al Estudio del Derecho* de García Máynez, págs. 56 y 57.

PROYECTOS NO VETADOS POR EL PODER EJECUTIVO

CAMARA DE ORIGEN:	CAMARA REVISORA:	RESULTADO:	PODER EJECUTIVO
Primer caso: Aprueba.	Aprueba.	Pasa al Ejecutivo.	Publica.
Segundo caso: Aprueba.	Rechaza totalmente.	Vuelve a la Cámara de origen con las observaciones respectivas, a fin de ser discutido nuevamente.	
Aprueba nuevamente.	Desecha nuevamente.	El proyecto no puede volver a presentarse en el mismo período de sesiones.	
Tercer caso: Aprueba.	Rechaza totalmente.	Vuelve a la Cámara de origen con las observaciones respectivas, a fin de ser discutido nuevamente.	
Aprueba nuevamente.	Aprueba.	Pasa al Ejecutivo.	

CAMARA DE ORIGEN:	CAMARA REVISORA:	RESULTADO:	PODER EJECUTIVO
Cuarto caso: Aprueba.	Desecha en parte, reforma o adiciona.	Vuelve a la Cámara de origen para la discusión de lo desechado o de las reformas o adiciones.	Publica.
Aprueba supresión, reformas o adiciones.		Pasa al Ejecutivo.	Publica.
Quinto caso: Aprueba.	Desecha en parte, reforma o adiciona.	Vuelve a la Cámara de origen para la discusión de lo desechado o de las reformas o adiciones.	
Rechaza supresión, reformas o adiciones.	Insiste en supresiones, adiciones o reformas.	El proyecto no puede volver a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones.	
Sexto caso: Aprueba.	Desecha en parte, reforma o adiciona.	Vuelve a la Cámara de origen para la discusión de lo desechado o de las reformas o adiciones.	
Rechaza supresión, reformas o adiciones.	Rechaza supresión, reformas o adiciones, es decir, acepta el proyecto primitivo.	Pasa al Ejecutivo.	Publica.
Séptimo caso: Rechaza.		No puede volver a presentarse en las sesiones del año.	

PROYECTOS VETADOS POR EL PODER EJECUTIVO

CAMARA DE ORIGEN:	CAMARA REVISORA:	PODER EJECUTIVO	RESULTADO:
Aprueba.	Aprueba.	Desecha en todo o en parte.	Vuelve a la Cámara de origen con sus observaciones.

CAMARA DE ORIGEN	CAMARA REVISORA	PODER EJECUTIVO	RESULTADO
Insiste en su proyecto por mayoría de las 2/3 partes de votos.	Insiste por la misma mayoría.	Debe ordenar la publicación.	

En cuanto al momento de la promulgación, interviene nuevamente el Ejecutivo, bien sea para aceptar el proyecto de ley aprobado por ambas cámaras, o para sancionar mediante su ingerencia forzada, el proyecto que hubiere rechazado, pero que, conforme al procedimiento anterior, hubiera sido aprobado nuevamente por dichas cámaras, con la mayoría indicada. En ambos casos, el Ejecutivo participa para sancionar la ley, mediante el acto específico de la promulgación, como función orgánica expresamente encomendada al Presidente de la República, que viene a integrar el proceso legislativo y, por consiguiente, la función compleja que encierra el acto jurídico estatal denominado ley.

Por último, la publicación de la ley constituye un acto diverso de su promulgación, y tiene por objeto darla a conocer a los habitantes de un Estado, mediante su inserción en determinado diario oficial o gaceta. En México, las leyes federales o las que rigen en el Distrito y Territorios, se publican en el Diario Oficial de la Federación. Además, existen las gacetas oficiales de los Estados, para las leyes locales.

Una vez publicada la ley, ésta tiene el carácter y la fuerza jurídica de tal, por haberse cumplido todos los elementos esenciales para su existencia, de la misma suerte que un contrato se forma cuando el acuerdo de voluntades o consentimiento, y el objeto, se han realizado. No importa que el momento de vigencia de la ley, o sea el día a partir del cual surta sus efectos, sea muy posterior, en aquellos casos en que la propia ley establezca un término definido o indefinido, a partir del cual se iniciará su vigencia, es decir, su aplicación efectiva. De la misma suerte que un acto jurídico o un contrato están concluidos, a pesar de que dependan de un término a día cierto o incierto.

CAPITULO IV

El Principio de Irretroactividad de la Ley

1.—*Planteamiento del problema.*—Fundamentalmente se presentan tres hipótesis posibles relativamente a los conflictos de leyes en el tiempo:

a).—La situación jurídica objeto de estudio (hecho, acto o estado jurídicos, derecho u obligación de que se trate), nació y produjo todos sus efectos bajo la vigencia de la ley anterior. En esta hipótesis no hay duda respecto de la aplicabilidad exclusiva de dicha ley antigua.

b).—La situación jurídica que se juzga, nació bajo la vigencia de la nueva ley y produjo todos sus efectos, también será evidente que sólo ésta será la aplicable.

c).—La situación jurídica nació bajo la vigencia de la ley anterior, pero continuó produciendo sus efectos al entrar en vigor la ley nueva. Es en esta hipótesis en donde surge realmente el problema relativo a determinar si la ley antigua debe regular los efectos que se sigan causando cuando ya no esté en vigor, por la razón de que la situación jurídica respectiva nació bajo su vigencia; o bien, si la nueva ley debe regular dichos efectos, debido a que se actualizaron cuando ya ésta ha entrado en vigor. Por consiguiente, el problema de la retroactividad se presentará sólo para las situaciones jurídicas de *tracto sucesivo* o situaciones en *curso,* al momento de entrar a regir la ley nueva.

Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954, t. I, pág. 89.

El orden que seguiremos en esta materia será el siguiente: a).—Tesis tradicional; b).—Doctrina clásica; c).—Crítica a la doctrina expuesta; d).—Doctrina italiana; e).—Tesis de Julián Bonnecase; f).—Doctrinas de Roubier y Planiol; g).—Nuestro punto de vista; h).—El problema de la retroactividad en nuestro derecho positivo; i).—Casos especiales; y j).—Jurisprudencia.

2.—*Tesis tradicional.*—Para esta doctrina, la ley es retroactiva cuando viola derechos adquiridos. Se distingue entre expectativas de derecho por una parte y, por la otra, derechos adquiridos, así como entre éstos y facultades legales. Julián Bonnecase, en el tomo segundo de su obra denominada "Suplemento a la de Baudry-Lacantinerie y otros", considera que Merlín es el representante más destacado de la teoría llamada de los derechos adquiridos. Conforme a la misma, la nueva ley no puede desconocer, violar, modificar o extinguir aquellos derechos que definitivamente han entrado al patrimonio o al status de un sujeto determinado, constituyendo por consiguiente parte real y cierta de su activo, cuando tienen carácter económico, o bien, de su esfera jurídica, en aquellos casos de derechos no patrimoniales.

Otra noción fundamental para dicha teoría es la de expectativa de derecho. Esta constituye fundamentalmente una esperanza o posibilidad

legal respecto de un sujeto determinado o indeterminado, para llegar a tener en lo futuro un derecho adquirido. Por consiguiente, en la expectativa aún no existe el derecho, y tan sólo hay la posibilidad jurídica de su existencia.

Además de los conceptos de derecho adquirido y de expectativa, Merlín habla de las facultades legales, como aquellas que se crean con el carácter de revocables, y que por lo tanto, la ley no les puede dar el valor de definitivas, sino hasta que se realiza un determinado hecho que las convierte de provisionales en firmes.

3.—*Doctrina clásica.*—Principalmente Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade, han desarrollado la tesis de los derechos adquiridos desde un punto de vista especial, a través de la distinción de facultades ejercitadas y facultades legales. Toda facultad ejercitada conforme a la norma jurídica, transforma el derecho de potencial en real, de posible en derecho adquirido y, por tanto, la ley nueva no puede desconocer, violar, restringir o extinguir ese derecho. El respeto se impone por un principio de seguridad y estabilidad sociales. En cuanto a las facultades legales, como simples posibilidades de actuar conforme a la norma, sin llegar al ejercicio de las mismas, no engendran derechos adquiridos y, por consiguiente, la nueva ley puede modificarlas, cambiando el régimen jurídico referente a su ejercicio en el futuro, sin que por ello sea retroactiva. Tal sería, por ejemplo, el ejercicio de la acción que tiene un contratante para exigir judicialmente el cumplimiento de las obligaciones originadas por el negocio jurídico.

"He aquí —dicen los autores que venimos citando—, el principio que debe guiar al juez. Toda ley nueva constituye a los ojos del poder del cual emana, un progreso sobre la legislación anterior. Para sus autores, reglamenta ciertas relaciones jurídicas mejor que la precedente. El interés social exige, pues, para que la legislación más reciente produzca todos sus efectos bienhechores, que se aplique en el mayor número de casos posible y, en consecuencia, también a las relaciones nacidas antes de su publicación. Sin duda esta aplicación lesionará ciertas esperanzas. Pero el progreso se compra a este precio y, por otra parte, nadie puede sentirse realmente lesionado por esta extensión de la ley, si no se le despoja de ningún derecho adquirido. Contra el derecho adquirido, al contrario, la ley nueva no puede nada; su fuerza expira allí donde encuentra un derecho verdadero, consagrado por la antigua ley bajo cuyo imperio ha nacido. Al afectar este derecho, la ley nueva no sería ya una causa de progreso social, sino de desorden, pues se exterminaría toda la seguridad de las transacciones y la ley sería obligatoria aun antes de existir,

lo cual sería injusto y contrario, tanto al buen sentido, como a la idea misma de la publicación. La ley no debe, pues, tener efecto retroactivo, y tal es la regla que establece el artículo 2º en los siguientes términos: "La ley sólo dispone para el porvenir; no tiene efecto retroactivo". Nótese bien que no produce efectos retroactivos por el solo hecho de que se aplique a situaciones antiguas y a relaciones anteriores, porque son entonces las consecuencias nuevas las que rigen y no se puede decir que vuelve sobre el pasado. Sólo es retroactiva cuando ataca los derechos adquiridos, destruyendo los que se habían adquirido anteriormente, lo que implica una pérdida para sus titulares. Bajo el nombre de derechos, la ley nos reconoce determinadas aptitudes, nos concede determinadas facultades, dejándonos por lo general en la libertad de usar o no usar. En tanto que no hemos utilizado una de estas aptitudes, tenemos un derecho, si se quiere, solamente en el sentido de que somos aptos para adquirirlo según formas determinadas. Pero sólo adquirimos este derecho cuando hemos recurrido a esas formas, y cuando nuestra aptitud se ha manifestado de hecho, por medio del acto necesario para su utilización. *El ejercicio de la facultad legal que en cierta forma se ha materializado en este acto, traducido exteriormente por él es constitutivo del derecho adquirido.* Y este derecho nos pertenece en lo sucesivo en el sentido de que no puede privársenos de él por una ley nueva, sin que sea retroactiva". (*Traité de Droit civil* de Baudry-Lacantinerie, bajo la redacción de Houques-Fourcade, t. I, Nos. 125 a 178).

4.—*Crítica a la doctrina expuesta.*—Por lo que se refiere a los contratos, testamentos y derechos personales, se desprende que las consecuencias lógicamente deducidas del principio relativo al ejercicio de los derechos, para convertirlos en facultades adquiridas, no es exacto, ni tampoco encuentra su confirmación en la jurisprudencia y doctrina en general. No es posible aceptar que de un derecho personal constituido, entretanto no se ejercite, no es derecho adquirido y, por consiguiente, que pueda sufrir las modificaciones que imponga la nueva ley. Ni a propósito de los contratos, ni respecto a las demás fuentes de las obligaciones, puede considerarse que el derecho de crédito, entretanto no se ejercite, pueda ser modificado en su alcance, consecuencias y extensión por un cambio en el ordenamiento jurídico. *El derecho de crédito se adquiere en estos casos, antes de su ejercicio, en forma definitiva; su ejercicio no va a agregar un dato más a su existencia.* O en otras palabras, el derecho existe, y debe ser respetado desde el momento de su constitución, y el hecho de su ejercicio no va a modificar las consecuencias normativas referentes a su alcance y contenido. Sostener lo contrario, sería tanto como afirmar

que el ejercicio de un derecho es un nuevo elemento de su existencia, y un dato en función del cual se determinará su contenido y alcance.

5.—*Tesis de Julián Bonnecase.*—Este autor en lo que se refiere al problema de la retroactividad, aplica su conocida distinción entre situaciones jurídicas abstractas y concretas, para considerar que la nueva ley puede modificar las situaciones abstractas, pero no debe alterar las concretas, ya que de lo contrario sería retroactiva.

Hemos dicho ya que la situación jurídica abstracta, en realidad es la hipótesis de la norma, o bien, dicho en otros términos, la situación contenida en potencia en la ley, que deberá actualizarse a través del hecho o del acto jurídicos, cuya función consiste en poner en movimiento a la norma, para cambiar esa situación abstracta, transformándola en concreta. A su vez la situación concreta, es la actualización de la abstracta, referida a un sujeto determinado, gracias a la realización de un hecho o acto jurídicos.

Bonnecase (*Suplemento* a la obra de Baudry-Lacantinerie, t. II, págs. 19 a 21) nos da las siguientes definiciones: "La manera de ser de cada uno, relativamente a una regla de derecho o a una institución jurídica" se llama situación jurídica. "Situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno, en relación con una ley determinada". "La situación jurídica concreta es la manera de ser derivada para cierta persona de un acto o un hecho jurídicos, que ponen en juego, en su provecho o a su cargo, las reglas de una institución jurídica, e ipso facto, le confieren las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución".

"El criterio de la no retroactividad de las leyes: el respeto de las situaciones jurídicas concretas, por la ley nueva.—Habiéndose asentado que por situación jurídica se entiende la manera de ser de cada uno respecto de una regla de derecho o de una institución jurídica determinada, o en otros términos, que toda ley se significa por la creación de situaciones jurídicas, la regla de la no retroactividad de las leyes choca fatalmente con la noción de situación jurídica. En esta materia, toda la cuestión consiste en buscar, ante el silencio del legislador, cuáles son las situaciones jurídicas que debemos considerar como respetadas por la ley nueva y cuáles están regidas por ella. Un solo medio se ofrece para resolver la dificultad, de conformidad con el texto y el fin del artículo 2º del Código Civil: la distinción entre las situaciones jurídicas abstractas y las situaciones jurídicas concretas.

"No será retroactiva la ley que respete las situaciones jurídicas concretas. Por otra parte, debiendo presumirse la no retroactividad de las

leyes ante el silencio del legislador, el juez deberá considerar como regidas por la ley antigua, las situaciones jurídicas concretas nacidas bajo su imperio y en virtud de ella. El fundamento de esta teoría aparece por sí mismo. Recordemos, a este efecto, las definiciones, tanto de la situación jurídica en general, como de sus dos modalidades. Hemos dicho que la noción de situación jurídica corresponde a la manera de ser, de cada uno frente a una regla de derecho o de una institución jurídica determinada. Solamente que, mientras por la noción de situación jurídica abstracta entendemos la manera de ser eventual o teórica de cada uno respecto de una ley determinada, sucede de distinta manera con la situación jurídica concreta. Esta es, en oposición a la situación jurídica abstracta, la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto o de un hecho jurídicos, que ha hecho actuar en su provecho o en su contra las reglas de una institución jurídica, confiriéndole, al mismo tiempo y efectivamente, las ventajas o las obligaciones inherentes al funcionamiento de esta institución". (J. Bonnecase, *Introducción al Estudio del Derecho,* págs. 219-211).

6.—*Doctrina de Roubier y Planiol.*—Tomamos de la obra de Eduardo García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho* (2ª Ed., México, 1944), lo que en seguida exponemos respecto a la tesis de Paul Roubier: "La base de la teoría de los conflictos de leyes en el tiempo reside, según Roubier, en la distinción del efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley.

Las normas legales tienen efecto retroactivo cuando se aplican:

a).—A hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior (facta praeterita);

b).—A situaciones jurídicas en curso, por lo que toca a los efectos realizados antes de la iniciación de la vigencia de la nueva ley (facta pendentia).

Si la nueva ley se aplica a las consecuencias aún no realizadas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la precedente, aquélla no tiene efecto retroactivo, sino inmediato. En lo que respecta a los hechos futuros (facta futura) es evidente que la nueva ley nunca puede ser retroactiva".

"Cuando el problema de la aplicación de las leyes en el tiempo no se plantea en relación con las consecuencias jurídicas de un hecho, sino con las condiciones de constitución o extinción de una situación jurídica, la nueva ley no puede modificar, sin ser retroactiva, tales condiciones, ya que éstas quedan comprendidas, por su misma índole, dentro del concepto de hechos pasados (facta praeterita)". (*Ob. cit.,* págs. 379 y 380).

En cuanto a la materia de contratos, el citado autor considera que los contratantes al estipular determinadas cláusulas, hacen previsiones dentro del sistema legislativo vigente, de tal manera que la nueva ley no podría echar por tierra las legítimas expectativas adquiridas. Los contratantes, que vinculan a él (se hace referencia al contrato) sus intereses, saben qué pueden esperar del juego de las cláusulas expresas del acto, o incluso de la ley. Es evidente que la elección hecha por las partes, sería inútil si una nueva ley, modificando las disposiciones del régimen en vigor el día en que el contrato fue concluido, viniese a echar por tierra sus previsiones". (Roubier, *Des conflits de lois dans le tempe*, París, 1929, I, pág. 574, citado por García Máynez).

En cuanto a la tesis de Planiol se observa que existe fundamental coincidencia con la doctrina de Roubier, pues para el primero una de las formas de retroactividad de la ley se presenta cuando la nueva norma jurídica vuelve sobre el pasado, apreciando las condiciones de legalidad de un acto celebrado íntegramente bajo la vigencia de la ley antigua, tratando ya sea de modificar o suprimir ciertos efectos, o afectando la propia validez del acto jurídico. Este caso queda comprendido dentro de la doctrina de Roubier al referirse dicho autor al caso en el cual la nueva ley trate de modificar las condiciones de constitución o extinción de una situación jurídica, calificándola entonces, por este solo hecho, de retroactiva; pero esa hipótesis se refiere sólo a una especie de retroactividad, es decir, a aquella en la cual la nueva ley se aplica a hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior (facta praeterita). Además, la otra especie comprende aquellas situaciones jurídicas en curso, que no pueden ser modificadas en cuanto a las consecuencias de derecho realizadas antes de la nueva ley (facta pendentia).

En realidad, el concepto de Planiol comprende también las situaciones jurídicas en curso, pues se refiere a la modificación de efectos ya realizados, que son justamente los que no pueden alterarse en el supuesto de que hubiese un cambio de legislación que viniera a afectar situaciones jurídicas que estuviesen en curso o proceso de desarrollo.

7.—*Opinión personal.*—En relación con la tesis de Bonnecase, observamos que con terminología distinta, y criticable por algunos, se formula el mismo proceso normativo que indica Kelsen, consistente en que la norma jurídica contiene las consecuencias de derecho, que deben ser imputadas o referidas a un sujeto determinado, a través de un hecho condicionante. O en otras palabras, en la norma jurídica se encuentran sin actualizarse las consecuencias de derecho, y este proceso sólo se cum-

ple a través de un supuesto. Es la misma tesis de la relación jurídica, y de la teoría del supuesto jurídico condicionante que hemos desarrollado siguiendo las ideas de Kelsen y Fritz Schreier.

Conforme a esas ideas, y aplicadas al problema de la retroactividad, la ley tendrá este carácter cuando viene a desconocer, violar o en alguna forma restringir las consecuencias jurídicas que se actualizaron en favor de una persona determinada, y en relación con la ley antigua, siempre y cuando esa modificación sea en perjuicio de alguien.

De aquí se desprende que cuando la actualización de las consecuencias, está subordinada a una condición suspensiva, y la ley nueva las modifique, será retroactiva, si conforme al sistema jurídico positivo de que se trate, los efectos de la condición deben retrotraerse en forma absoluta, es decir, referirse a la época de constitución del acto; pero no será retroactiva, si conforme a dicho sistema, los efectos deben imputarse al momento en que se realice la condición, pues en este caso, dada la naturaleza de la misma, los derechos se entienden nacidos hasta ese momento, o sea, bajo la vigencia de la nueva ley, que puede, sin ser retroactiva, libremente reglamentarlos. En cambio, si la condición tiene un efecto retroactivo integral, como acontece en nuestro derecho positivo, cumplido el acontecimiento futuro e incierto, *los derechos se consideran nacidos desde el momento de celebración del acto, y por lo tanto la nueva ley no puede modificarlos, sino que entran bajo el imperio de la ley antigua*...

En cuanto a los derechos sujetos a término suspensivo, como esta modalidad simplemente difiere los efectos ya creados, y sólo aplaza su exigibilidad, debe decirse que la nueva ley no puede modificarlos en perjuicio de alguien, sin ser retroactiva, pues esos derechos nacieron definitivamente como situaciones concretas, desde que se celebró el acto jurídico, y quedan en todo sujetos a la ley antigua.

El caso especial de los herederos y legatarios condicionales; o sujetos a término, por lo que se refiere a estos últimos (la institución de herederos no puede quedar sujeta a un término) debe relacionarse con el momento de la muerte del testador, ya que el testamento es un acto jurídico que sólo surte sus efectos hasta ese instante. Por consiguiente, antes de la muerte del testador no se han actualizado las consecuencias jurídicas en favor de herederos y legatarios, y si dependen de una condición, cumplida ésta, se retrotraen sus efectos a la fecha de la muerte. En tal virtud, un cambio en la legislación hereditaria, que modifique los derechos de herederos y legatarios, no puede afectar a las sucesiones abiertas con anterioridad a la nueva ley, entendiéndose que la apertura de la herencia se hace en el momento de la muerte de su autor. O en

otras palabras, desde ese mismo instante los herederos y legatarios instituidos tienen derechos adquiridos, situaciones jurídicas concretas, o consecuencias actualizadas, que no puede desconocer en su perjuicio la nueva ley. En sentido opuesto, antes de la muerte del testador, la nueva ley sí puede modificar los derechos de los futuros herederos y legatarios, supuesto que entretanto no ocurre la muerte, aún no se han actualizado las consecuencias jurídicas, que en el caso dependen de dos supuestos: a).—Existencia de un testamento en el que se les instituya y b).—El hecho jurídico de la muerte del testador.

8.—*El problema de la retroactividad en nuestro derecho positivo.*— Conforme al artículo 14 de la Constitución General de la República de 1857, se establecía el principio de que *la ley no podía ser retroactiva en perjuicio de persona alguna.* El artículo 14 de la Constitución vigente de 1917, viene a cambiar este concepto, estableciendo que *la ley no puede aplicarse retroactivamente en perjuicio de persona alguna.*

Se nota la diferencia entre el hecho de que la ley no debe ser retroactiva, como prohibición al legislador, y el que no se dé a ninguna ley efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, como prohibición al juez, al funcionario administrativo, o en general al órgano del Estado que deba aplicarla.

A este respecto el artículo 14 de la Constitución de 5 de febrero de 1857 disponía. "No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él por el tribunal que previamente haya establecido la ley". Y el artículo 14 de la Constitución de 5 de febrero de 1917, que suprimió el concepto "dadas con anterioridad al hecho", dispone: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

La jurisprudencia en México interpretando el artículo 14 constitucional, confirma el principio de que en la actualidad, sí puede expedirse una ley retroactiva, pero no puede aplicarse en perjuicio de persona alguna. Asimismo se ha estimado que "para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores y esta última circunstancia es esencial". Las ejecutorias relativas aparecen publicadas en los tomos IX, pág. 432, X, pág. 880 y 1198, XVI, pág. 1275 del *Semanario Judicial de la Federación*

En el mismo sentido el artículo 5º del Código Civil establece: "A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

CAPITULO V

CONFLICTOS DE LEYES EN EL ESPACIO

1.—*Planteamiento del problema.*—Así como en materia de retroactividad se trata de determinar la esfera de aplicación de las leyes en el tiempo, precisando si la ley nueva debe regir para el futuro, o puede obrar en algunos casos sobre el pasado, la comunidad internacional de los Estados, y la coexistencia de los distintos ordenamientos jurídicos aplicables a territorios determinados, ha originado a su vez el problema referente a precisar el campo espacial de validez y de vigencia de una ley determinada.

"El problema a resolver consiste en determinar el imperio respectivo de las leyes en el espacio. Por ejemplo: como las leyes vigentes en España y en Inglaterra acerca del matrimonio son diferentes en muchos de sus aspectos, tanto en la forma como en el fondo, es indispensable saber en qué medida se aplicará la ley española al matrimonio de súbditos ingleses en España. He ahí un conflicto de leyes.

Los conflictos pueden surgir acerca de la competencia legislativa o de la competencia judicial.

1º—Problema de competencia legislativa.—Se plantea cuando es preciso determinar la ley aplicable al derecho en sí; por ejemplo, la ley que rige el matrimonio, el testamento, la sucesión.

2º—Problema de competencia judicial.—Consiste en determinar la autoridad competente para conocer de los litigios que surjan con ocasión de los conflictos de leyes. De aquí la necesidad de resolver el conflicto de leyes de competencia judicial, ya que estas leyes varían de un país a otro". (J. P. Niboyet, *Principios de Derecho Internacional Privado,* traducción de Andrés Rodríguez Ramón, Editora Nacional, S. A., México, 1951, pág. 198 a 247).

Gracias a la limitación de los territorios, como campos determinados de validez de los ordenamientos jurídicos imperantes en los mismos, se puede formular el principio general de que la ley debe regir en el territorio del Estado de que se trate, supuesto que es una parte del ordenamiento jurídico total y, por consiguiente, estatal, cuyo ámbito de validez generalmente está geográficamente localizado, circunscribiéndose a cierto espacio.

Este principio general no puede ser absoluto y debe sufrir excepciones, de tal manera que el alcance de una ley, aunque generalmente circunscrito al territorio del Estado de que se trate, puede pretender tener una validez extraterritorial, para regir relaciones jurídicas fuera de ese

territorio. Por esto, lo que se ha denominado conflicto de leyes en el espacio, en realidad no es sino la posibilidad de validez extraterritorial de las normas jurídicas de un Estado, que alcanzan autoridad en otro.

2.—*Definición.*—M. Lainé ha definido los conflictos de leyes en los siguientes términos: "El conflicto de leyes es la situación jurídica en presencia de la cual se encuentra un juez cuando el caso litigioso que le es sometido, ha nacido en circunstancias tales que las leyes de diferentes países parecen deber ser simultáneamente aplicadas, lo que es imposible, si estas leyes son contrarias o incompatibles las unas con las otras".

Es decir, los conflictos de leyes suponen que una relación jurídica se origina en tales condiciones que en el caso de controversia, el juez se encuentra ante el problema de la posible aplicación de dos o más ordenamientos jurídicos, que pueden ser el nacional y uno extranjero, o bien, regímenes extranjeros, de tal suerte que debe previamente resolver cuál de esos sistemas es el aplicable. El problema perdería en gran parte su valor si la solución fuese idéntica en todos los sistemas jurídicos; pero como esto está desmentido, dadas las diferentes legislaciones, el conflicto adquiere caracteres muy serios cuando las soluciones pueden ser contrarias o incompatibles.

Marcel Planiol, *Tratado Elemental de Derecho Civil, Introducción, Familia, Matrimonio,* traduc. de José M. Cajica Jr., Puebla, 1946, págs. 111 a 113.

3.—*Supuestos de todo conflicto de leyes en el espacio.*—Lógicamente la hipótesis de todo conflicto de leyes parte de la base de que una relación jurídica puede quedar sujeta a distintos ordenamientos, y para que esto ocurra, deben existir las siguientes posibilidades.

a) Que en la relación jurídica intervengan extranjeros en un Estado determinado.

b) Que intervenga un nacional con uno o varios extranjeros.

c) Que el acto se ejecute por nacionales pero deba tener aplicación fuera del Estado de que se trate.

d) Que el acto se ejecute por nacionales pero beneficie o perjudique a extranjeros.

e) Que el acto se celebre en el extranjero pero deba ejecutarse en el territorio nacional.

f) Que el acto se celebre por extranjeros y deba ejecutarse en el territorio de un Estado distinto, que puede ser el de alguna de las partes, o diverso.

g) Que el acto se celebre entre un nacional y un extranjero, y deba ejecutarse en el territorio de este último.

4.—*Condición esencial para que pueda existir un conflicto de leyes en un determinado ordenamiento jurídico.*—Para que pueda darse el caso de la aplicación extraterritorial de una ley, o dicho de otro modo, para que un Estado determinado permita que una ley extranjera se aplique en su territorio, es necesario que conforme al sistema jurídico de dicho Estado sea posible y lícita esa aplicación, bien sea porque una ley del mismo así lo reconozca, o porque la jurisprudencia haya elaborado un sistema que permita tal hipótesis. La ley puede ser expresa, admitiendo categóricamente tal posibilidad, o bien crear un sistema general de reciprocidad internacional que admita siempre en esos casos la aplicabilidad de la ley extranjera.

De lo expuesto se deduce que si por mandato expreso de un determinado sistema jurídico, o por jurisprudencia elaborada directamente, se declara que no son aplicables para determinadas materias, o de una manera general, las leyes extranjeras, quedarán eliminados los problemas de derecho internacional privado, por lo que se refiere a los conflictos de leyes en el espacio, única y exclusivamente respecto a un Estado determinado. Es decir, en todo caso de controversia, lo primero que tiene que determinar el juez, cuando surja un conflicto de leyes en el espacio, es si conforme al ordenamiento jurídico del Estado a que pertenece, es posible la aplicación de leyes extranjeras en su territorio. Sólo en el caso de que exista tal posibilidad, lógicamente tendrá que determinar cuál es la ley aplicable, si la nacional o la extranjera, o bien si el conflicto se establece entre dos leyes extranjeras, cuál debe regir el caso.

5.—*Los tres sistemas lógicamente posibles.*—Independientemente del punto de vista histórico, existen tres sistemas lógicamente posibles en derecho internacional privado:

a) Aquellos que admitan la aplicación extraterritorial de las leyes extranjeras de una manera absoluta. (Este sistema sólo teóricamente puede concebirse, pero nunca se da en la realidad de ningún derecho positivo).

b) Aquellos que niegan la aplicación extraterritorial de las leyes extranjeras, de una manera absoluta. (También este caso aunque pueda consignarse en una norma jurídica, queda desvirtuado por los tratados internacionales que, como fuentes de derecho nos autorizan a suponer

que en la realidad de los distintos derechos positivos no se presenta de una manera absoluta).

c) Aquellos que admiten la aplicación extraterritorial de la ley de una manera relativa, es decir, para ciertos casos, y por consiguiente, niegan esa extraterritorialidad para otros.

6.—*Los tres sistemas históricos fundamentales.*—Existen en su evolución histórica, tres sistemas en materia de conflictos de leyes en el espacio:

a) Sistema italiano, originado en Lombardía en el siglo XIII.
b) Sistema francés que data del siglo XVI, y
c) Sistema holandés del siglo XVII.

7.—*Sistema italiano y origen de la teoría de los estatutos.*—La teoría de los estatutos se originó en Lombardía en la segunda mitad del siglo XIII, debido al florecimiento de numerosas ciudades y sobre todo a los conflictos de leyes que se originaron en materia mercantil.

Las causas que motivaron el sistema estatutario tienen su razón de ser en la existencia de costumbres locales que venían a modificar la aplicación general del derecho romano, considerado como derecho común en esa época. Esas costumbres locales bajo el nombre de estatutos, diferían de la legislación romana, y tenían por objeto resolver los conflictos que se suscitaban entre ese derecho y los propios estatutos locales de las ciudades, así como los que podían surgir entre los estatutos de distintas localidades. El alcance de aplicación de los estatutos fue sucesivamente aumentando, de tal manera que la teoría sirvió para reglamentar no sólo los conflictos existentes entre los estatutos locales, sino también los conflictos de leyes de diferentes países.

La doctrina italiana se desarrolla y termina por modificarse en los siglos siguientes, hasta el XVI en que viene a ser substituida por la doctrina francesa de que después hablaremos.

Bartolo desarrolló los principios ya existentes en su época, y por esto tuvo la fama de ser el fundador de la teoría de los estatutos; pero junto con él concurrieron no sólo juristas italianos, sino también franceses.

Las características principales de la doctrina italiana, son las siguientes:

1.—Estudio del derecho romano para mantener una liga con el mismo en las distintas soluciones propuestas.

2.—Establecimiento de un régimen diferenciando las personas, las cosas y la forma de los actos jurídicos. Es decir, leyes referentes a las personas, a las cosas y a la forma que deben revestir los actos jurídicos.

Respecto al primer principio se advierte que por el prestigio del derecho romano y el respeto que los postglosadores le tributaron, la mayor parte de las soluciones estaban inspiradas en el Digesto o en el Código de Justiniano. Se considera que debido a la ley "Cunctos populos quos clementiae nostrae regit imperiam volumus", fue como los juristas elaboraron la teoría de los estatutos, aplicando el principio de esa ley al hacer alusión a la soberanía del Imperio Romano, lo que llevó a los postglosadores a determinar en posibles relaciones de armonía entre la vigencia soberana del derecho romano y la de los estatutos, tanto en sus relaciones entre sí como con el citado derecho, a la conocida glosa de que "Quod si Bononiensis Mutinae conveniautus non debet judiceri secundum statuta Mutinae quibus non subest cum dicat: quos nostrae Clementiae regit imperim". "Que si un habitante de Bolonia es asignado en justicia a Módena no debe ser juzgado según el estatuto de Módena cuando él no se haya sometido, porque la ley habla de aquellos sometidos a nuestra potestad".

Como consecuencia de la teoría de los estatutos y de su desarrollo se formularon algunas reglas, tales como que en lo referente al estado y capacidad de las personas (estatutos personales) debe regir la ley nacional, de tal manera que ésta sigue al interesado a cualquier parte, teniendo carácter extraterritorial. En cuanto a las cosas (estatutos reales) se considera que el estatuto referente a las mismas es el territorial, y por lo tanto, los bienes deben sujetarse a la ley del lugar en donde se encuentren. Por último, por lo que se ve a la forma del acto jurídico, se elaboró la regla: locus regit actum, que también confirma el principio de la territorialidad de la ley.

Los postglosadores dividieron las materias objeto de estudio desde dos puntos de vista: 1.—Clasificación de las leyes y 2.—Elección de la ley competente.

El método de la escuela italiana consistió en subdividir las materias, para llegar a soluciones determinadas conforme al sentimiento de justicia, distinguiendo: contratos, delitos, testamentos, sucesiones, estado y capacidad de las personas y bienes.

Para los contratos, la capacidad quedaba sometida a la ley del domicilio; la forma a la del lugar del acto; la substancia a la ley que las partes habían tomado en cuenta al contratar y la ejecución a la ley del lugar de ejecución.

Se atribuye a Bartolo la distinción de los estatutos en reales y personales, según que se reglamenten los bienes o la condición jurídica de las personas.

8.—*Doctrina francesa.*—En Francia, en la época feudal prevaleció el principio de que las costumbres son territoriales y, por consiguiente, se negaba la aplicación extraterritorial de los estatutos personales, reconocida en principio por la teoría italiana. Debido a esto, en el siglo XVI, la escuela francesa fundada por D'Argentré ensaya una conciliación de esos puntos de vista, bajo las siguientes reglas: a) Los estatutos son reales o personales; b) En principio los estatutos son reales y excepcionalmente personales y c) Las excepciones deben fundarse siempre en una idea de justicia. Las tres reglas anteriores pueden resumirse diciendo que las leyes son territoriales, y excepcionalmente extraterritoriales en lo que se refiere a la condición de las personas en cuanto a su estado y capacidad. De aquí que por lo que se refiere a los bienes, a la forma y a las personas, excepción hecha de su estado y capacidad, las leyes son territoriales, y sólo para estos dos últimos casos, por excepción se admitía la extraterritorialidad, gracias a una idea de justicia, para que la persona no estuviera expuesta a los cambios en cuanto a su estado y capacidad que necesariamente se presentarían en los casos en que quedase sometida a diversas legislaciones por viajar de un lugar a otro.

Se advierte que el uso de los términos "estatutos reales" y "estatutos personales", ya no corresponde al de la escuela italiana, por cuanto que en ésta los estatutos reales eran los aplicables a las cosas, y en la francesa quiere decir leyes territoriales; asimismo, los estatutos personales para la escuela italiana eran los referentes a la persona, y en la francesa comprende las leyes extraterritoriales.

9.—*Doctrina holandesa.*—Se debe a Paul Voet (1610-1677), Jean Voet (1647-1714) y Ulrich Huber (1636-1694), haber elaborado esta doctrina cuyo principio fundamental es la territorialidad absoluta, con la única excepción de la extraterritorialidad por cortesía internacional.

El principio de la cortesía internacional se ha criticado porque constituye una base vaga e incierta para determinar la autoridad extraterritorial de ciertas leyes, y sólo se justifica en el afán de salvar la soberanía del Estado, conciliándola con las necesidades comunes a todas las naciones, para lograr en ciertos casos la aplicación extraterritorial de algunas leyes que sería muy perjudicial a los nacionales de cada Estado desvincularlas de su propia persona.

10.—*Doctrinas contemporáneas.*—Pueden considerarse como soluciones modernas las propuestas respectivamente por Savigny, Pillet, Lainé, Mancini y por la doctrina angloamericana.

11.—*Doctrina alemana de Savigny.*—Este autor en el tomo VIII de su *Tratado de Derecho Romano* considera como fundamental el lugar del domicilio para determinar el derecho del individuo, pero deberá analizarse en cada caso la relación jurídica especial. De esta suerte, *en materia de obligaciones debe prevalecer la ley del deudor* que también fija la competencia por el domicilio de éste. Para las herencias debe regir la ley del domicilio del difunto y para los bienes la de su ubicación.

Los discípulos de Savigny han simplificado la regla para determinar que debe aplicarse en los casos de conflicto, la ley que esté de acuerdo con la naturaleza jurídica de la relación de derecho controvertida.

12.—*Doctrina de Pillet.*—Según este autor (*Manual de Derecho Internacional Privado*) los conflictos de leyes deben resolverse sacrificando en algunos casos la generalidad de la ley, en otros la permanencia de la misma. Es decir, las leyes son generales, aplicables a todos los sujetos a que las mismas se refieren, y por consiguiente territoriales; pero también las leyes, son permanentes y deben aplicarse siempre, lo que origina su extraterritorialidad.

El derecho internacional privado debe respetar las soberanías estatales, no por cortesía internacional, sino por el carácter obligatorio de las normas jurídicas. Por virtud del carácter permanente de la ley se debe ésta aplicar siempre a todos los sujetos para los que fue creada, y así las leyes referentes a los menores de edad, deben acompañar a éstos; pero a la vez siendo las leyes generales deben aplicarse a todos los sujetos que se encuentren en un territorio determinado, lo que origina la incompatibilidad de coexistencia de esas características, y a efecto de elegir cuál debe prevalecer, lógicamente debe investigarse, según la naturaleza de la ley cuál es su objeto y qué es lo que tiene mayor valor en relación con el mismo; su permanencia o su generalidad.

De esta suerte se advierte que las leyes referentes al estado y capacidad de las personas, por su objeto deben seguir a éstas en cualquier lugar en donde se encuentren y que por consiguiente habrá mayor interés en que prevalezca la permanencia a la generalidad.

Las leyes procesales, penales, administrativas y constitucionales indiscutiblemente que por su objeto deben aplicarse a todos los habitantes del territorio, y por consiguiente debe prevalecer la generalidad y el carácter territorial de las mismas.

13.—*Soluciones de nuestro derecho positivo en esta materia.*—El Código de 1884 estableció como principios fundamentales los siguientes:

a) El estatuto personal en lo referente al estado y capacidad de las personas, se aplica sólo a los mexicanos aun cuando residan en el extranjero, respecto de los actos que deben tener ejecución en el Distrito o Territorios Federales; b) Para los bienes inmuebles sitos en esas entidades, se aplica el principio de la territorialidad de la ley, o estatuto real, según el artículo 13 que dice: "Respecto de los bienes inmuebles sitos en el Distrito Federal y en la Baja California, regirán las leyes mexicanas aunque sean poseídos por extranjeros"; c) Para la forma se acepta el principio locus regit actum en el artículo 14, trátese de contratos, testamentos o instrumentos públicos, a efecto de que se sometan a la ley del lugar de su otorgamiento; pero se permite a los mexicanos o extranjeros residentes fuera de esas entidades la libertad de elegir la ley mexicana, cuando el acto haya de tener ejecución en dichas demarcaciones; d) Para los contratos y testamentos, en cuanto a las situaciones jurídicas que originen, otorgados en el extranjero por mexicanos, rigen las disposiciones de la ley mexicana, siempre y cuando los actos hayan de ejecutarse en las citadas entidades (Territorio de la Baja California y Distrito Federal). Al efecto dice el artículo 16: "Las obligaciones y derechos que nazcan de los contratos o testamentos otorgados en el extranjero, por mexicanos del Distrito y de la California, se regirán por las disposiciones de este Código, en caso de que dichos actos deban cumplirse en las referidas demarcaciones". "Si los contratos o testamentos de que habla el artículo anterior (16) fueren otorgados por un extranjero y hubiesen de ejecutarse en el Distrito o en la California, será libre el otorgante para elegir ley a que haya de sujetarse la solemnidad interna del acto en cuanto al interés que consista en bienes muebles. Por lo que respecta a los raíces, se observará lo dispuesto en el artículo 13".

14.—*Carácter territorial del Código Civil vigente.*—Nuestro Código Civil vigente, separándose de la tradición que en esta materia habíamos respetado, tomada de la teoría italiana de los estatutos, establece los siguientes principios:

a) El carácter territorial absoluto de las leyes mexicanas, incluyendo las referentes al estado y capacidad de las personas, a efecto de que se apliquen a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeuntes (artículo 12).

b) Se confirma este carácter territorial para regir los efectos de los actos jurídicos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en la República, ya que los mismos se regirán en cuanto a los derechos y obligaciones (substancia) que de los mismos nazcan, por

las disposiciones del Código Civil vigente, que en esta materia tiene alcance federal, por disposición del artículo 1º del mismo Ordenamiento.

c) Como es natural en materia de muebles y de inmuebles rige absolutamente el principio de la territorialidad de la ley, para sujetar los inmuebles sitos en el Distrito o Territorios Federales y los muebles que en ellos se encuentren, a las disposiciones del citado Código, aun cuando los dueños sean extranjeros.

d) Se establece como excepción expresa la consignada en el principio locus regit actum, según el artículo 15 que dice: "Los actos jurídicos en todo lo relativo a su forma, se regirán por la ley del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito o de los Territorios Federales, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código, cuando el acto haya de tener ejecución en las mencionadas demarcaciones". Es decir, el mismo principio locus regit actum sufre una modificación para el caso de que el acto otorgado en el extranjero se ejecute en el Distrito o Territorios Federales.

e) Los tratados internacionales, que según el artículo 133 de la Constitución Federal hiciere el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán considerados como ley suprema de la Unión, y pueden establecer y de hecho establecen excepciones al principio de la territorialidad, fundadas en la reciprocidad internacional, que en este caso tiene un contenido preciso, según las estipulaciones del tratado.

En materia de derecho interprovincial como se le designa en la doctrina, el régimen federativo de nuestra República, ha originado ciertas disposiciones, citándose entre las más importantes el artículo 121 de la Constitución Federal, que dice: "En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes: I.—Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él. II.—Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación. III.—Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste cuando así lo dispongan sus propias leyes. Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio a la justicia que las pronunció y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio. IV.—Los actos del estado

civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros, y V.—Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros".

CAPITULO VI

La Jurisprudencia como Fuente del Derecho

1.—*La jurisprudencia y las lagunas de la ley.*—Indiscutiblemente que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho ante las lagunas de la ley

En cambio, la jurisprudencia no es fuente de derecho cuando simplemente interpreta y aplica la ley a través del silogismo jurídico, si el texto de la misma es absolutamente claro. En este caso, la labor de los tribunales en rigor no aporta ningún elemento nuevo al ordenamiento jurídico

Cuando el texto legal es obscuro o dudoso, la jurisprudencia sí implica una labor de creación jurídica y, por lo tanto, creemos que es fuente formal del derecho, pues al precisar el sentido y alcance de la ley que por ser obscura puede admitir diversas interpretaciones, necesariamente introduce nuevos elementos que van a vitalizar y enriquecer el ordenamiento jurídico. Es por esto que los juristas norteamericanos, tanto de la escuela sociológica como realista, piensan que fundamentalmente el derecho se crea mediante la interpretación diaria que dan los tribunales a los casos concretos.

Es indiscutible que ante las lagunas de la ley, la jurisprudencia necesariamente tiene que ser fuente constante del derecho, en virtud de que la función de los tribunales ya no será de mera interpretación, sino de integración del orden jurídico que antes de la labor jurisprudencial es incompleto, presentándose después como una plenitud hermética. De esta suerte, la legislación por una parte y la jurisprudencia por la otra, vienen a constituir las dos grandes fuentes formales del derecho. Antes de que se lleve a cabo la obra jurisprudencial, la ley es evidentemente fuente muy incompleta del ordenamiento jurídico, considerado éste como plenitud hermética, después de la misma, el sistema adquiere las características de un todo completo, pero no cerrado, ya que a través de la jurisprudencia se tendrá que ir renovando diariamente. Frente a la estructura estática que presenta el orden jurídico si sólo se toma en cuenta la

legislación como fuente del derecho, tenemos un aspecto nuevo y de continuo cambio a través de la vida que le imprime la jurisprudencia.

"Efectivamente la afirmación de que no hay lagunas en el orden jurídico y de que el juez tiene siempre que juzgar, está corrientemente enunciada como un postulado de la teoría jurídica, conocido con el nombre de postulado de la plenitud hermética del derecho". (Carlos Cossio, *La Plenitud del Orden Jurídico,* Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1939, pág. 72).

Francisco Gény en su obra *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo* (Editorial Reus, Madrid, 1925), nos habla del poder pretoriano de la jurisprudencia, indicándonos que tal expresión tiene dos significados: a) como fuente supletoria de la ley, y b) como fuente independiente de la ley. Admite la primera función de la jurisprudencia, pero niega la segunda, por impedirlo el sistema constitucional francés. Transcribiremos lo que el citado autor opina en cuanto a la primera función que reconoce a la jurisprudencia como fuente supletoria de la ley, para tratar después en el apartado siguiente del segundo problema en relación con nuestro derecho constitucional.

"Por la denominación poder pretoriano de la jurisprudencia se entiende, según los casos, dos cosas muy diferentes.

Frecuentemente se significa por aquella denominación que los tribunales, en cuanto intérpretes del derecho, disfrutan, en los procesos que deben juzgar, de un extenso poder de creación jurídica, en caso de silencio o insuficiencia de la ley (si no es que también para corregirla), y en defecto de un derecho consuetudinario constante.

Pero este poder será ejercido por aquéllos de una manera enteramente concreta y sin sacar, necesariamente a los menos, consecuencias para el porvenir. Reconocerlo así, no será otra cosa que proclamar la legitimidad de una libre investigación científica, en el dominio del derecho positivo. Así entendido, yo he admitido (núms. 84 y 86) con mucha extensión el poder pretoriano de la jurisprudencia, cuando menos para el efecto de suplir o de completar la ley. Y a decir verdad, todo mi estudio está consagrado a justificarlo, determinando solamente sus límites necesarios. En esta primera acepción es como alguno de mis maestros, Labbé, por ejemplo, han creído con frecuencia deber defender el poder pretoriano de nuestros tribunales modernos. Y a decir verdad, tal es el sentido que más normalmente se le atribuye a la expresión que yo he empleado aquí". (Gény, *ob. cit.,* pág. 479).

2.—*La jurisprudencia y el principio de la división de poderes.*—En los Estados cuyo sistema constitucional formula como principio básico

el de la división de poderes, como lo hace nuestra Constitución, se piensa que la jurisprudencia no puede ser fuente de derecho, en virtud de que el poder judicial se convertiría en poder legislativo, al otorgar a las tesis jurisprudenciales el valor y alcance de verdaderas normas jurídicas de carácter general y abstracto, como ocurre con las leyes.

Conforme al artículo 49 de nuestra Constitución vigente: "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo...".

En los artículos 71 y 72 constitucionales, se reserva la función legislativa, exclusivamente al Poder Legislativo. De estos textos se infería antes de la reforma última del año de 1950 que se hizo al artículo 107 constitucional, que en México resultaba contrario a nuestro sistema jurídico, otorgar valor de ley a las tesis jurisprudenciales. En este sentido se pronunció la opinión de Eduardo Pallares en un estudio publicado por el periódico "El Universal".

En la actualidad, la fracción XIII del artículo 107 constitucional, sí permite dar valor obligatorio a la jurisprudencia, de tal manera que la misma Carta Magna viene a reconocer una excepción expresa al principio de la división de poderes que consagra en su artículo 49.

A continuación transcribiremos tanto la fracción XIII mencionada, como los artículos 192 a 197 de la vigente Ley de Amparo, debido a que el texto constitucional se remite a la citada ley, para determinar la fuerza obligatoria de la jurisprudencia, así como sus requisitos para constituirla y modificarla.

Artículo 107 constitucional, fracción XIII:

Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

XIII.—La ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación.

Si los Tribunales Colegiados de Circuito sustentan tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República o aquellos Tribunales, podrán denunciar la contradicción ante la Sala que corresponda, a fin de que decida cuál es la tesis que debe prevalecer.

Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas Salas o el Procurador General de la República, podrán denunciar la contradicción ante la misma Suprema Corte de Justicia, quien decidirá, funcionando en Pleno, qué tesis debe observarse. Tanto en este caso como en el previsto en el párrafo

anterior, la resolución que se dicte será sólo para el efecto de la fijación de la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias contradictorias en el juicio en que fueron pronunciadas.

Artículos 192 a 197 de la Ley de Amparo:

Art. 192.—La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia en sus ejecutorias de amparo, sólo podrá referirse a la Constitución y demás leyes federales.

Art. 193.—La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno sobre interpretación de la Constitución y leyes federales o tratados celebrados con las potencias extranjeras, es obligatoria tanto para ella como para las Salas que la componen, los Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios de Circuito, Jueces de Distrito, Tribunales de los Estados, Distrito y Territorios Federales y Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Las Ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce Ministros.

Art. 193 bis.—La jurisprudencia que establezcan las Salas de la Suprema Corte de Justicia sobre interpretación de la Constitución, leyes federales o tratados celebrados con las potencias extranjeras, es obligatoria para las mismas Salas y para los Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Unitarios de Circuito, Jueces de Distrito, Tribunales de los Estados, Distrito y Territorios Federales y Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Las ejecutorias de las Salas de la Suprema Corte de Justicia constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por cuatro Ministros.

Art. 194.—Podrá interrumpirse o modificarse la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno y por las Salas de la misma.

En todo caso, los Ministros podrán expresar las razones que tienen para solicitar la modificación de la jurisprudencia.

La jurisprudencia se interrumpe, dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario, por catorce Ministros, si se trata de asuntos en Pleno, y por cuatro, si es de Sala.

Para que la modificación surta efectos de jurisprudencia, se requiere que se expresen las razones que se tuvieron para variarla, las cuales deberán referirse a las que se tuvieron presentes para establecer la jurisprudencia que se modifica, debiendo observarse, además, los requisitos señalados para su institución.

Art. 195.—Si los Tribunales Colegiados de Circuito sustentan tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República o aquellos Tribunales, podrán denunciar la contradicción ante la Sala que corresponda, a fin de que decida cuál es la tesis que debe prevalecer.

Cuando la denuncia no haya sido hecha por el Procurador General de la República, deberá siempre oírse a éste, para que exponga su parecer por sí o por conducto del Agente que al efecto designare.

La resolución que en estos casos pronuncie la Sala constituirá tesis jurisprudencial obligatoria, pudiendo modificarse por la misma Sala.

Art. 195 bis.—Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas Salas o el Procurador General de la República, podrán denunciar la contradicción ante la misma Suprema Corte de Justicia, quien decidirá funcionando en Pleno, qué tesis debe observarse. Cuando la denuncia no haya sido hecha por el Procurador General de la República, deberá siempre oírse a éste, para que exponga su parecer por sí o por conducto del Agente que al efecto designare.

La resolución que en estos casos pronuncie el Pleno de la Suprema Corte constituirá tesis jurisprudencial obligatoria, pudiendo modificarse por el mismo Pleno.

Tanto en este caso como en el previsto en el artículo anterior, la resolución que se dicte será sólo para el efecto de la fijación de la tesis jurisprudencial y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias contradictorias en el juicio en que fueron pronunciadas.

Art. 196.—Cuando las partes invoquen en el juicio de amparo, la jurisprudencia de la Corte, lo harán por escrito, expresando el sentido de aquélla y designando con precisión las ejecutorias que la sustenten.

Art. 197.—Las ejecutorias de amparo y los votos particulares de los Ministros que con ellas se relacionen, se publicarán en el Semanario Judicial de la Federación, siempre que se trate de las necesarias para constituir jurisprudencia o para contrariarla; así como aquellas que la Corte en Pleno, o las Salas, acuerden expresamente.

Los textos legales antes transcritos, nos permiten sostener que ya ha desaparecido el obstáculo de orden constitucional que antes de la reforma del artículo 107 de nuestra ley fundamental existía para poder otorgar a la jurisprudencia el valor de una fuente general y abstracta del derecho, con aplicación no sólo a los casos resueltos, como es evidente, sino también con el alcance de una norma jurídica que ligue a los tribunales en el futuro, equiparándose desde ese punto de vista a la ley misma.

En la actualidad tanto para las juntas de conciliación y arbitraje, como para los tribunales comunes y los federales, las tesis jurisprudenciales referidas a la constitución y a las leyes federales (no a las locales), así como a los tratados celebrados con las potencias extranjeras son obligatorias y tienen consiguientemente el mismo alcance y valor que la ley para los casos futuros. Tanto la Suprema Corte en Pleno como funcionando en Salas, debe respetar su jurisprudencia, pero tiene la facultad de modificarla en los términos previstos por el artículo 194 de la Ley de Amparo. Los demás órganos jurisdiccionales, tanto locales como federales, así como los tribunales del trabajo, tienen que acatar la jurisprudencia vigente, sin que en ningún caso puedan por consiguiente modificarla para que exista la posibilidad de una libre investigación científica como propone Gény. No creemos, sin embargo, que este principio sea

aplicable a los Tribunales Colegiados de Circuito en aquellas materias en que la Suprema Corte dejó de tener competencia, otorgándosela la Constitución a aquéllos, pues al perder dicha competencia, dejó de existir como jurisprudencia viva.

Las razones que anteceden, nos permiten llegar a conclusiones diversas de las que formula Gény al precisar el segundo significado de la jurisprudencia.

3.—*Conclusiones en cuanto al alcance de la jurisprudencia en nuestro derecho positivo.*—Tomando en cuenta los artículos 192 a 197 de la Ley de Amparo vigente, podemos formular las siguientes conclusiones:

a) La jurisprudencia en México sólo tiene fuerza obligatoria en materia de leyes federales, por consiguiente no obliga en relación con las leyes locales. Es un grave error que subyace consciente o inconscientemente en los juristas mexicanos, incluyendo la mayoría de los funcionarios judiciales, aun en los de más alta jerarquía, el de creer que la jurisprudencia en México obliga también en materia de leyes locales, no obstante que expresamente los artículos 192, 193 y 194 de la Ley de Amparo en forma enérgica, indiscutible, terminante y absolutamente clara, estatuyen: que dicha jurisprudencia sólo podrá referirse a la Constitución y demás leyes federales, y que sólo será obligatoria cuando se limite a la interpretación de la Constitución, leyes federales y tratados celebrados con las potencias extranjeras. En consecuencia, es indebido que al publicarse la jurisprudencia definida y obligatoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Semanario Judicial de la Federación, como lo ordena el artículo 197 de la Ley de Amparo, se comprendan las tesis (que no deben ser jurisprudenciales) relacionadas con la interpretación o integración de las leyes locales. Esta práctica indebida ha fomentado el error a que antes nos referimos.

b) La jurisprudencia que estableció la Suprema Corte en las materias en que dejó de ser competente de acuerdo con las reformas que sufrió el artículo 107 constitucional y la Ley de Amparo en el año de 1950, otorgándose dicha competencia a los Tribunales Colegiados, ha dejado de tener fuerza obligatoria para estos últimos únicamente, pues nunca una jurisprudencia puede quedar periclitada o muerta y, además, dichos tribunales quedarían obligados para siempre a seguir observando esa jurisprudencia en las materias en las cuales resuelven como tribunales supremos, dado que la Suprema Corte no podrá intervenir para modificar su antigua jurisprudencia. De esta suerte se privará a ésta de su característica esencial y de su gran utilidad, consistente en la posibilidad de renovarse y vivificar los textos legales que se interpreten o respecto de

los cuales se lleve a cabo una labor de integración, ante las lagunas que presenten.

c) En tanto que la jurisprudencia en los casos ordinarios a que se refieren los artículos 193 y 194 de la Ley de Amparo, cuando la Corte funciona en Pleno o en Salas, se integra por cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, que sustenten la misma tesis, tratándose de los conflictos por tesis contradictorias entre las Salas de la Suprema Corte o de los Tribunales Colegiados, la jurisprudencia se constituirá por una sola ejecutoria que pronuncie el Pleno o la Sala correspondiente de la Corte, al resolver el conflicto, según previenen los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Amparo. Sólo el Pleno o la Sala respectiva podrán modificar dicha tesis jurisprudencial, la que obligará entretanto a las Salas de la Suprema Corte, cuando el Pleno de ésta haya pronunciado la resolución respectiva y a los Tribunales Colegiados, así como a los demás tribunales en general, cuando el conflicto lo resuelva la Sala correspondiente de la Corte, al decidir qué tesis debe prevalecer de las contradictorias que sustenten dos o más Tribunales Colegiados.

4.—*La jurisprudencia y la función creadora del juez.*—Ya hemos dicho que ante las lagunas de la ley, el juez debe convertirse en legislador del caso concreto. Este aserto es especialmente cierto en México para la Suprema Corte de Justicia.

Puede ocurrir que el juez a quien corresponde resolver un conflicto, descubra que no hay disposiciones aplicables. En esta hipótesis, está obligado a recurrir a los principios generales del derecho y a formular la norma o normas en que su decisión habrá de fundamentarse. Es decir, tendrá que llenar una laguna de la ley y, al hacerlo dará a su sentencia el carácter de fuente de derecho. Podemos decir, por tanto, que las resoluciones judiciales o administrativas son fuente formal del orden jurídico cuando no representan una simple aplicación de preceptos ya formulados o de costumbres jurídicamente obligatorias. Sólo que las resoluciones de que hablamos obligan únicamente a las partes que han intervenido en el proceso. (García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho,* págs. 67 y 68).

TITULO III

LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES

CAPITULO I

Definición de los Conceptos Jurídicos Fundamentales

1.—*Enumeración.*—La enumeración de los conceptos jurídicos fundamentales es importantísima, debido a que de la misma depende una correcta perspectiva jurídica y la solución adecuada para los múltiples y diversos problemas que plantea la ciencia del derecho.

Con el objeto de proceder con método en esta primera cuestión, primero enumeraremos los conceptos jurídicos fundamentales, para después, en el apartado siguiente, dar las definiciones preliminares de los mismos. Haremos después un análisis de los conceptos jurídicos fundamentales según Kelsen y un estudio, en los capítulos siguientes, de cada uno de los repetidos conceptos, conforme a la enumeración propuesta por nosotros.

Después de haber meditado en muchas ocasiones sobre una enumeración correcta de los conceptos jurídicos fundamentales, con el propósito de no omitir alguno, ni incurrir en repeticiones, dando distintos nombres a un mismo concepto, hemos llegado a la siguiente enumeración.

a).—Supuestos jurídicos.
b).—Consecuencias de derecho.
c).—La cópula "deber ser".
d).—Sujetos de derecho o personas jurídicas.
e).—Objetos del derecho o formas de conducta jurídicamente reguladas.
f).—Relaciones jurídicas.

2.—*Definiciones preliminares.*—Primero daremos una definición de los conceptos jurídicos fundamentales en general, para distinguirlos de los conceptos jurídicos históricos o contingentes y, después, trataremos de definir cada uno de los conceptos jurídicos que hemos clasificado.

Los conceptos jurídicos fundamentales son aquellos que intervienen como elementos constantes y necesarios en toda relación jurídica, es decir, en toda forma de conducta jurídica que se produce por la aplicación de la norma de derecho a los casos concretos. Comprendemos tanto las manifestaciones de conducta jurídica lícita, como aquellas de conducta jurídica ilícita.

En la norma de derecho se encuentran en potencia todos los conceptos jurídicos fundamentales y en la relación jurídica se actualizan esos conceptos para tener una manifestación concreta respecto de sujetos y objetos determinados, produciéndose por la realización de uno o varios supuestos de derecho.

Entendidos así los conceptos jurídicos fundamentales se convierten en las categorías esenciales de todo derecho, presente o pasado, positivo o natural, justo o injusto, legislado o consuetudinario, de tal manera que son los instrumentos imprescindibles del jurista y del legislador para pensar y resolver cualquier problema jurídico.

Los conceptos jurídicos históricos son aquellos que dependen de un determinado derecho positivo. Se trata de creaciones contingentes que no son necesarias para la estructuración normativa y que en cada caso se van requiriendo por los distintos derechos vigentes o positivos de acuerdo con las necesidades de la época. Es así como podemos decir que la esclavitud, la patria potestad al estilo romano, los antiguos censos y una gran variedad de figuras jurídicas del pasado, constituyen conceptos jurídicos históricos, que pueden existir o no en un determinado derecho vigente. En la actualidad podemos decir que aun cuando la hipoteca, el usufructo o la anticresis se siguen utilizando como figuras jurídicas del derecho contemporáneo, pueden no ser necesarias para una determinada estructuración normativa y, por lo tanto, quedar como simples conceptos históricos. Tal ha ocurrido, por ejemplo, con la anticresis y la venta con pacto de retroventa en el Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, que suprimió estos conceptos existentes en el ordenamiento anterior.

Rodolfo Stammler, *Tratado de Filosofía del Derecho,* Madrid, 1930, págs. 289 y 290.

Eduardo García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho,* México, D. F., 1944, pág. 116.

a).—Podemos definir el supuesto jurídico como la hipótesis normativa de cuya realización depende que se produzcan las consecuencias de derecho.

b).—Las consecuencias de derecho son, por lo tanto, aquellas situaciones jurídicas concretas que se presentan cuando se realizan uno o varios supuestos de derecho.

c).—La cópula "deber ser" es el nexo que une la hipótesis normativa con la disposición. Es decir, constituye el vínculo normativo entre el supuesto jurídico y la consecuencia de derecho.

d).—Los sujetos de derecho o personas jurídicas son los entes que sirven de centros de imputación de derechos subjetivos, deberes jurídicos, sanciones, actos y normas de derecho.

e).—Los objetos del derecho constituyen las diferentes formas de conducta jurídicamente regulada que se manifiestan como facultades, deberes, actos jurídicos, hechos lícitos e ilícitos y sanciones. Es decir, comprenden la conducta jurídica lícita: facultades, deberes, actos jurídicos, hechos lícitos, sanciones y la conducta jurídica ilícita: delitos y hechos ilícitos en general.

f).—Las relaciones jurídicas constituyen elementos complejos de articulación de todos los elementos simples anteriormente enumerados. Se trata, por consiguiente, de un elemento ideal que resulta de la combinación de los diversos conceptos jurídicos fundamentales, contenido potencialmente en la norma y actualizado, por virtud de un supuesto jurídico, al vincular sujetos determinados y objetos o formas de conducta que también son regulados de manera precisa a fin de que se manifiesten como facultades, deberes o sanciones.

3.—*Enumeración de los conceptos jurídicos fundamentales, según Kelsen.*—Trataremos de los conceptos jurídicos fundamentales, según el citado jurista.

Este autor enumera como tales conceptos, los siguientes:

1º—El hecho ilícito o antijurídico.
2º—La sanción.
3º—El derecho subjetivo.
4º—El deber jurídico.
5º—El sujeto de derecho o persona jurídica, y
6º—La responsabilidad jurídica.

Lógicamente, estos conceptos jurídicos fundamentales se desprenden del postulado kelseniano, según el cual: "Bajo determinadas condi-

ciones, un sujeto A, deberá observar cierta conducta; si no la observa, un sujeto B, órgano del Estado, le aplicará determinada sanción".

En efecto, el primer concepto jurídico fundamental, o sea, el hecho ilícito o antijurídico, está indicado en el postulado kelseniano como hecho condicionante de la sanción, cuando el sujeto A, no observa una determinada conducta. A su vez, el segundo concepto fundamental está comprendido en la segunda parte del esquema, al imponer al órgano del Estado, el deber de aplicar una sanción, cuando el sujeto A, no observa la conducta debida. Es decir, la sanción está caracterizada como la consecuencia jurídica que sobreviene ante el hecho ilícito o antijurídico.

El tercer concepto, consistente en el derecho subjetivo, no está mencionado de manera expresa en el esquema de Kelsen; pero queda sobreentendido en virtud de que frente al obligado a observar una determinada conducta, se destaca el pretensor y, a su vez, frente al órgano que tiene el deber jurídico de sancionar, existe también otro órgano que exigirá esa conducta al primero, de tal manera que si no la cumpliere, podrá imponerle una sanción al órgano que faltó al cumplimiento de su deber de sancionar.

Sin embargo, según Kelsen, no necesariamente, este concepto se presenta en las relaciones jurídicas de derecho privado, de tal manera que pudiera existir el deber sin un correlativo derecho subjetivo.

El cuarto concepto jurídico fundamental de la fórmula de Kelsen, se refiere al deber, que lo caracteriza como aquella conducta contraria al hecho ilícito o antijurídico, supuesto que la sanción sobreviene cuando se ejecuta un hecho que la norma jurídica considera indeseable. El deber jurídico será aquella conducta contraria al hecho ilícito. Por ejemplo, si el hecho ilícito es el "no pago" o incumplimiento de la obligación, el deber jurídico comprende la conducta contraria, o sea, el pago o cumplimiento de la obligación.

El sujeto de derecho constituye el quinto concepto fundamental, que está indicado, tanto al referirse al sujeto del deber, como al sujeto de la sanción y al órgano sancionador.

En cuanto a los órganos, a su vez, según la estructura de las diferentes normas jerarquizadas, en orden a la sanción, tenemos un primer órgano que tiene el deber jurídico de sancionar, frente a un segundo órgano que tiene un deber jurídico de sancionar al primero, y así sucesivamente.

Es decir, los sujetos en la fórmula kelseniana van desempeñando diferentes papeles por cuanto que el particular es, respectivamente, sujeto del deber y sujeto de la sanción, ante el hecho ilícito o antijurídico.

Los órganos sancionadores, representan en la escala jurídica, nuevamente, la calidad de sujetos del deber en cuanto que tienen que aplicar una sanción, es decir, jurídicamente están constreñidos por una norma sancionadora para imponer una sanción, bien al particular, si se trata del primer órgano, bien al órgano inmediato anterior, si se trata de órganos jerarquizados. Pero, dentro de esta jerarquía de órganos, cada uno asume el papel sujeto pasivo y activo a la vez.

CAPITULO II

Los Supuestos y las Consecuencias de Derecho

1.—*Definición.*—El supuesto jurídico se define como la hipótesis normativa de cuya realización depende que se actualicen las consecuencias de derecho.

Decimos que el supuesto es una hipótesis normativa en virtud de que simplemente comprende el enunciado que en términos hipotéticos se encuentra en toda norma jurídica y de cuya realización dependerán las consecuencias contenidas en la parte dispositiva de la misma.

2.—*Distinción entre el supuesto jurídico y los hechos, actos y estados jurídicos.*—Generalmente se confunde el supuesto jurídico con los acontecimientos que tienen la virtud de realizarlo. El supuesto, como simple hipótesis normativa, debe distinguirse claramente del hecho, acto o estado jurídicos, a través de los cuales se realiza.

El supuesto, por consiguiente, no tiene realidad fuera del simple enunciado normativo, es decir, pertenece al ámbito de las significaciones ideales. En cambio, el hecho, el acto o el estado jurídicos, implican ya un acontecimiento que tiene la virtud de realizar la hipótesis normativa.

Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954, t. II, págs. 321 y 322.

3.—*Relación entre el supuesto y la consecuencia.*—Debemos distinguir dos tipos de relaciones entre supuestos y consecuencias: a). Relaciones entre la realización de los supuestos y la actualización de las consecuencias; b). Relaciones entre la realización de los supuestos y el cumplimiento de las consecuencias.

a).—El primer tipo de relaciones, se presenta como lógicamente necesario, es decir, realizado un determinado supuesto, necesariamente debe actualizarse la consecuencia prevista en la norma de derecho para tal caso.

b).—El segundo tipo de relaciones, o sean, las que median entre la realización de los supuestos y el cumplimiento de las consecuencias, presenta una estructura compleja, pues puede ocurrir que la relación sea contingente o necesaria.

Cuando el cumplimiento de las consecuencias depende de un acto voluntario, la relación entre la realización del supuesto y dicho cumplimiento, es contingente. El acto humano voluntario del cual depende el cumplimiento de la consecuencia, puede realizarse o no realizarse.

Cuando el cumplimiento de las consecuencias opere ipso jure, sin hacer intervenir un acto de voluntad del hombre, la relación entonces se presenta como necesaria. De tal manera que no sólo la actualización, sino también el cumplimiento se encuentran ligados de manera indefectible con la realización del supuesto.

Sólo tratándose de los supuestos de creación de los derechos o de las obligaciones, se puede sostener que existe una relación contingente entre el nacimiento y el cumplimiento de las consecuencias, pues en el proceso genético mencionado dependerá el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones, como actos voluntarios, respectivamente, del pretensor o del obligado. En cambio, en la transmisión, modificación y extinción de esas situaciones jurídicas no existe la citada relación contingente entre el nacimiento y el cumplimiento de las consecuencias, pues ambos fenómenos se realizan simultánea y necesariamente por el solo hecho de la verificación de un supuesto jurídico capaz de producirlos.

4.—*Los hechos, actos y estados jurídicos como únicas formas de realización de los supuestos jurídicos.*—La doctrina distingue sólo entre hechos y actos jurídicos como formas de realización de los supuestos de derecho, sin comprender los estados jurídicos. Tomando en cuenta que múltiples consecuencias de derecho dependen de situaciones jurídicas permanentes a las cuales no podríamos darles el nombre de hechos o de actos, hemos sostenido ya la necesidad de introducir una tercera categoría tan importante como las dos antes mencionadas. Sería impropio decir que las consecuencias jurídicas que resultan del estado de capacidad o de incapacidad, de la mayoría o de la minoría de edad, de la ausencia, del concurso, de la quiebra, de la existencia de minerales en el subsuelo, del desnivel de los predios, del parentesco legítimo o natural,

etc., etc. dependen de hechos o actos jurídicos. En cada uno de los casos mencionados y otros muchos que podrían presentarse (nacionalidad, ciudadanía, condición del extranjero, etc.), las facultades y deberes que se desprenden de esas situaciones jurídicas no dependen de un acontecimiento como hecho natural o del hombre, ni tampoco de un acto jurídico como manifestación de voluntad con la intención de producir determinadas consecuencias de derecho, sino de un verdadero estado que viene a constituir una especial condición jurídica del sujeto titular de los derechos o responsable de las obligaciones. Para la mejor comprensión de esta distinción tripartita que proponemos, daremos las definiciones de hecho, acto y estado jurídicos.

a).—El hecho jurídico es un acontecimiento natural o del hombre que está previsto en la norma de derecho, como supuesto para producir una o varias consecuencias de creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, obligaciones o sanciones.

b).—El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, y cuya manifestación se encuentra prevista en la norma jurídica como supuesto capaz de producir tales consecuencias.

c).—El estado jurídico es una situación permanente de la naturaleza o del hombre, prevista en la norma de derecho como supuesto para producir múltiples y constantes consecuencias de derecho.

5.—*Los supuestos jurídicos según Fritz Schreier.*—Dicho autor en la obra que ya hemos citado, distingue los siguientes supuestos: a) simples, cuando dependen de una sola hipótesis normativa, b) complejos, cuando constan de varias hipótesis, c) dependientes, cuando deben fusionarse para que produzcan todas las consecuencias de derecho (la dependencia puede ser absoluta o relativa; en la primera, sin la fusión no se produce ninguna consecuencia, en la segunda, pueden producirse algunas), d) independientes, cuando pueden producir consecuencias jurídicas en forma aislada o combinándose entre sí, e) compatibles, cuando combinados suman sus consecuencias jurídicas, f) incompatibles, o sea, cuando reunidos destruyen o aniquilan las consecuencias que producirían aislados (*Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho,* págs. 145 a 187).

6.—*Definición de las consecuencias jurídicas.*—Podemos definir las consecuencias de derecho diciendo que son todas aquellas situaciones jurídicas concretas que sobrevienen por virtud de la realización de los distintos supuestos previstos en las normas jurídicas.

Las diversas situaciones jurídicas concretas que pueden sobrevenir por la realización de los supuestos de derecho, se refieren tanto a las relaciones jurídicas de los particulares como a las relaciones de carácter público que se originan entre el Estado y dichos particulares, o bien, entre los distintos órganos estatales.

En tal virtud, existen las consecuencias de derecho privado y las consecuencias de derecho público.

Las consecuencias de derecho privado se manifiestan en la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones respecto a particulares determinados. También pueden consistir en la creación o modificación de las distintas sanciones que regula el derecho privado, tales como la inexistencia, la nulidad, la rescisión, la reparación del daño, el cumplimiento por prestación equivalente y la ejecución forzada.

Las consecuencias de derecho público presentan dos grandes categorías: a) las que implican creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones en relación o contra el Estado, y, b) las que se refieren concretamente al derecho penal y se traducen en la creación, conmutación, modificación o extinción de las distintas penas impuestas por ese derecho.

7.—*Consecuencias de creación de derechos y obligaciones entre particulares.*—Este tipo de consecuencias es el más importante de todo el derecho privado. Puede decirse sin hipérbole que la sistemática principal del derecho civil y mercantil está consagrada, en gran parte, a regular jurídicamente la constitución de los derechos subjetivos privados y la de los deberes correlativos a los mismos, o sea, toda la serie de derechos subjetivos tanto patrimoniales como no patrimoniales, absolutos o relativos, de interés particular o de interés general, transmisibles e intransmisibles, temporales y vitalicios, renunciables e irrenunciables, prescriptibles e imprescriptibles, transmisibles por herencia y extinguibles por la muerte de su titular, etc., etc.

8.—*Consecuencias jurídicas del sector liberatorio.*—El sector de lo liberatorio es una forma de conducta jurídicamente regulada, en virtud de que en ella encontramos facultades y deberes jurídicos, así como el enlace típico del derecho a través de la cópula "deber ser".

Tanto interés tiene para el derecho la vinculación jurídica a través de la estructura general de todo tipo de relación jurídica, como la desvinculación o desenlace, que no sólo interesa en cuanto que extingue esa relación, sino también por los derechos subjetivos y obligaciones que con motivo del proceso liberatorio se generan.

Podría pensarse a primera vista que en el proceso desvinculatorio o sector liberatorio de la conducta jurídicamente regulada, el desenlace no puede presentar la doble forma de lo facultativo-obligatorio, pero veremos inmediatamente que dicho sector es una parte de este ámbito general que desdobla las formas normativas abstractas y concretas en facultades y deberes.

Evidentemente que dentro de la lógica normativa, si el derecho subjetivo y el deber correlativo son formas de interferencia entre sujetos, al sobrevenir la desvinculación extinguiendo la relación jurídica, necesariamente ya no podrán presentarse las facultades y deberes. Ahora bien, esto que es exacto, no impide que el proceso de desenlace para llegar a su culminación se desenvuelva en una secuela de facultades y deberes que prepararán la fase última en donde sólo existirá la desvinculación absoluta. O dicho en otras palabras, el vínculo jurídico tiene un período de constitución, de vigencia y de extinción. Para que esta última forma se produzca, la ruptura puede jurídicamente desenvolverse en etapas sucesivas de desvinculación, en las que se presenta el derecho a la liberación jurídica y la obligación de liberar. Es decir, *el derecho vincula para poder desvincular.*

Es decir, podemos hablar de otro tipo más de derecho subjetivo, cuyo contenido podría definirse diciendo que es una facultad para interferir en la conducta o esfera jurídica del sujeto activo, por virtud de la cual el sujeto pasivo exige la liberación, como tipo especial de prestación, al cumplir con su deber.

9.—*Consecuencias jurídicas en el sector de lo contencioso.*—El proceso normativo del juicio civil debe enunciarse de manera distinta, al proceso normativo del juicio penal. En el primero, ante el supuesto del incumplimiento del deber jurídico, o de la causa especial que motive la violación de un derecho subjetivo, el pretensor "puede" (no debe) exigir la intervención del órgano estatal (derecho público de acción que tiene como correlativa la prestación jurisdiccional del Estado). Si se intenta la acción (posición hipotética) deberá ser la sentencia y si ésta es condenatoria, deberá ser la sanción (ejecución forzada).

En el procedimiento penal la estructura del proceso normativo es también compleja, y puede enunciarse así:

Dado el delito (1), de alguien responsable (2), contra alguien ofendido (3), debe ser (4) el juicio (5); dada la sentencia (6) condenatoria (7), debe ser la pena (8) como prestación (9) a cargo de un órgano del Estado (10).

10.—*Consecuencias jurídicas en el sector coactivo.*—En este sector se cumple otro proceso jurídico a través de la cópula "deber ser", pues se articula con el sector contencioso, pasando la sanción a ser coacción. Esta se define como la aplicación de aquélla.

CAPITULO III

Los Sujetos del Derecho

1.—*Nociones generales.*—En el derecho se distinguen las personas físicas de las morales, de tal manera que existe la persona jurídica individual y las personas jurídicas colectivas.

El hombre constituye la persona física, también llamada persona jurídica individual.

Los entes creados por el derecho son las personas morales o ideales, llamadas también personas jurídicas colectivas.

Oscar Morineau, *El Estudio del Derecho,* Editorial Porrúa, S. A., México, 1953, pág. 195.

Por persona jurídica se entiende el ente capaz de derechos y obligaciones, es decir, el sujeto que puede ser susceptible de tener facultades y deberes, de intervenir en las relaciones jurídicas, de ejecutar actos jurídicos, en una palabra, el ente capacitado por el derecho para actuar jurídicamente como sujeto activo o pasivo en dichas relaciones.

Messineo, *ob. cit.,* t. II, págs. 88 y 89.

El derecho, no sólo ha reconocido que el hombre es el único sujeto capaz de tener facultades y deberes; también a ciertas entidades que no tienen una realidad material o corporal, se les ha reconocido la capacidad jurídica para tener derechos y obligaciones y poder actuar como tales entidades. Ha sido con motivo principalmente de estos entes jurídicos, como ha nacido el problema y teoría de la personalidad jurídica.

Según el artículo 25 de nuestro Código Civil vigente: "Son personas morales:—I.—La Nación, los Estados y los Municipios; II.—Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; III—Las sociedades civiles o mercantiles; IV.—Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123

de la Constitución Federal; V.—Las sociedades cooperativas y mutualistas:—VI.—Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley".

2.—*Teoría de la ficción en materia de personalidad de los entes colectivos.*—Expondremos primero las ideas de Ducrocq en Francia y en seguida la tesis que ha sido clásica en esta materia, debida a la pluma de Savigny.

"Es a Ducrocq (*Cours de Droit Administratif*, 7ª ed., ts. IV y VI) a quien debemos la exposición más completa y precisa de la teoría de la personalidad moral, ficción jurídica, tal como durante mucho tiempo fue aceptada por la doctrina francesa. Para Ducrocq toda persona moral, aun el Estado, es una ficción. ¿Cuál es el fundamento de la personalidad civil y cómo se ha introducido esta noción en nuestra legislación? A esta última cuestión Ducrocq responde sin vacilar: "La personalidad civil se basa necesariamente en una ficción legal. Si las personas físicas se revelan a los sentidos y se imponen en cierta forma a la atención del legislador, sucede de ditinta manera con la personas civiles. Estas no pertenecen al mundo de las realidades. Ha sido necesario recurrir a la abstracción para aislar el interés colectivo de los intereses particulares de los individuos asociados, o para asignar a la obra una existencia distinta de la de los fundadores, administradores o beneficiarios. Esta operación del espíritu constituye la ficción. Sólo por ficción se puede decir de estas entidades metafísicas que existen, que nacen, que obran o que mueren. Igualmente por una ficción, estos seres, producto de la razón, pueden asimilarse a las personas naturales, desde el punto de vista de sus intereses o de sus derechos. La personalidad civil es meramente artificial y ficticia. La asimilación, por racional que sea, no es la consecuencia necesaria de los hechos, sino el resultado de una operación del pensamiento. Las personas civiles son personas ficticias porque escapan a la apreciación de nuestros sentidos, porque su existencia está confinada en el dominio del derecho, porque son sujetos artificiales, abstracciones personificadas. Pero, por otra parte, la ficción estaría desprovista de todo efecto jurídico. La abstracción permanecería en estado de pura hipótesis, si la ley no interviniese para reconocerla y sancionarla. Si todos podemos imaginarnos una ficción sólo el legislador puede introducirlas en el dominio del derecho positivo y hacer de ellas personas civiles, capaces de constituir sujetos de derecho, a semejanza de las personas reales. La personificación no solamente tiene como consecuencia prestarles vida a seres desprovistos de existencia física, sino que les confiere, además, ciertos atributos que los individuos reciben de la naturaleza o de la ley, de los cuales sólo el poder público tiene la facultad de disponer en su favor. Desde el punto de vista racional, la concesión de la personalidad jurídica no puede, pues, resultar más que de la ley" (t. IV, pág. 13).

En Alemania el más destacado representante de la teoría de la ficción fue Savigny, quien expuso en su *Sistema de Derecho Privado Romano*

(traduc. de J. Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1879, tomo II, pág. 63 y s.), las bases de esa doctrina, considerando que sólo los seres humanos pueden ser sujetos de voluntad y de libertad, requisitos ambos indispensables para que existan los derechos subjetivos y los deberes jurídicos. En esta tesis se afirma que la personalidad jurídica se constituye a través del conjunto de derechos subjetivos y de deberes jurídicos, los cuales desde el punto de vista real sólo pueden y deben referirse a los hombres individualmente considerados. No obstante, como el derecho no siempre procede mediante soluciones lógicas, sino que también admite puntos de vista prácticos que se fundan en la utilidad social, ha admitido la existencia de seres ficticios llamados personas morales, cuya creación es artificial y más o menos arbitraria por parte del legislador, pero siempre en función de un patrimonio, pues según explica Savigny, su teoría sólo se refiere al derecho privado. Aun cuando pueda existir un sustrato real, generalmente una entidad sociológica, los entes colectivos no tienen voluntad, ni menos aún libre albedrío, de aquí que la personalidad reconocida por el derecho sea —según esta teoría— totalmente artificial y contingente. Algunas entidades en el derecho público sí tienen vida real desde el punto de vista sociológico, como las ciudades, municipios y Estados. Respecto de ellas opina Savigny que su existencia es natural o necesaria. En cambio otras entidades como las fundaciones, sociedades y asociaciones, a quienes también el derecho reconoce el carácter de personas jurídicas, tienen una vida artificial, que sólo puede reconocer el legislador vinculando intereses de sus diversos miembros, para concederles derechos subjetivos, capacidad jurídica de actuar y posibilidad normativa de contraer obligaciones. Dada su especial naturaleza, esta clase de entidades sólo pueden actuar por órganos representativos, de aquí la necesidad de recurrir a una segunda ficción para que el derecho organice su vida jurídica en relación con los demás, es decir, su posibilidad de actuar ejercitando derechos y contrayendo obligaciones: nos referimos a la teoría de la representación, que a su vez estima que no es el representante, sino el representado quien ejecuta el acto jurídico, sirviéndole aquél de simple instrumento, por tanto, se recurre también a una nueva ficción. Es así como queda explicada la constitución y funcionamiento de los entes colectivos, partiendo de una ficción para llegar a otra. En nuestro concepto, lo anterior significa que la tesis ficcionista es doblemente falsa, o mejor dicho, finca su explicación en dos falsedades, supuesto que son dos ficciones.

3.—*Crítica a la teoría de la ficción.*—Independientemente de las críticas que acostumbran formularse en el sentido de que no es la voluntad

la que permite otorgar la personalidad jurídica, dado que existen seres humanos sin facultades volitivas (recién nacidos, imbéciles o enajenados privados completamente de voluntad e inteligencia), *conviene sobre todo insistir en que las mal llamadas personas físicas son personas no por lo que tienen de físico o visible (así las denomina el Código Civil argentino), sino por lo que tienen de capacidad como atributo exclusivamente creado por el derecho.*

La tesis de Kelsen ha puesto en claro que la persona como centro ideal de imputación de normas, facultades, deberes y actos jurídicos es una entidad absolutamente independiente de realidades sensibles, bien sean físicas, orgánicas, psíquicas o sociales. Esta conclusión no significa que la personalidad sea un recurso técnico al que pueda acudir el ordenamiento jurídico para convertir a las cosas o a los animales en sujetos de derecho.

Desde el momento en que se afirma que tales sujetos son centros ideales de imputación de facultades y deberes, necesariamente se descarta aquella absurda interpretación, pues esos derechos y obligaciones son formas de conducta que sólo pueden imputarse al hombre o a un conjunto de hombres. Además, para que el sistema jurídico pueda personificarse debe regular formas de conducta individual o colectiva susceptible de imputación a centros o soportes en donde se unifiquen las facultades y deberes constituyendo un haz con estructura jurídica propia. En definitiva, el proceso de personificación es un proceso de unificación, congénito a la inteligencia humana, que siempre procede unificando elementos o cualidades para formar seres, objetos o entidades que adquieren existencia independiente, merced a la imputación que hacemos de esa serie de elementos a un centro ideal de unificación.

4.—*Tesis de Kelsen.*—Para este autor, la persona jurídica no constituye una entidad aparte e independiente del derecho objetivo, sino que es el mismo sistema personificado, de tal manera que la persona jurídica individual es la personificación del conjunto de normas relacionadas con los derechos, obligaciones y actos del ser humano. La persona jurídica colectiva se presenta también como un centro ideal de imputación de normas, facultades y deberes, relacionados con la conducta de un conjunto de hombres.

"Ahora bien, además de esta imputación, de un hecho (la consecuencia jurídica) a otro hecho (la condición jurídica) hay otro tipo distinto de imputación: la imputación de un hecho a una persona. Esto ocurre cuando referimos un hecho a la unidad del orden (total o parcial), dentro del cual este hecho está prescrito (por una norma) como debido. La imputación al Estado es un

caso de este último tipo de imputación y, por consiguiente, la persona del Estado es la más amplia y comprensiva, es la personalidad total del derecho; mientras que todas las demás personas (o sujetos) jurídicos, se presentan sólo como personificación de partes del orden jurídico. Efectivamente, si separamos del orden jurídico aquellas normas que regulan la conducta de un hombre, y las concebimos aparte como formando una unidad, determinamos con ello el concepto de la llamada persona física o individual: ésta es la personificación de ese orden jurídico parcial. Pero si delimitamos conforme a cualquier punto de vista el conjunto de normas que regula la conducta recíproca de un conjunto de hombres, esta parte de la ordenación jurídica, u orden parcial, reducido a unidad, es la que constituye la llamada persona jurídica o colectiva. Así, pues, el sujeto de derecho no es una substancia aparte y fuera del orden jurídico, distinta de él, sino el mismo orden jurídico concebido unitariamente, es decir, la personificación del orden jurídico, bien en su totalidad (Estado), bien de algunas de sus partes delimitadas según criterios diversos" (Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado,* págs. 124 y 125).

Para Kelsen (*Teoría General del Estado, Compendio de Teoría General del Estado y El Contrato y el Tratado*) la personalidad jurídica, como creación del derecho, tiene tres acepciones:

1ª—*Es la personificación de un sistema jurídico parcial o total.*

2ª—*Es el centro común de imputación de actos jurídicos, para crear un ente que represente idealmente ese centro al cual se imputen los actos.*

3ª—*Es el centro común de imputación de derechos y deberes subjetivos.*

Las tres acepciones que da Kelsen a la personalidad jurídica fundamentalmente coinciden.

El hombre, dice Kelsen, como persona jurídica, es algo totalmente distinto del hombre como organismo. Del ser humano sólo nos interesa cierta parte de su conducta. El derecho únicamente se ocupa de ciertos actos del mismo; desde luego no se ocupa de sus funciones biológicas, físicas y psíquicas. Pero hay un conjunto de actos del hombre que sí interesan al derecho; éstos son los actos de su conducta, y en el sector de la misma, es necesario también seleccionar cuáles son los actos que le interesan a la moral, a la religión, a las reglas sociales y a las normas jurídicas.

La persona se concibe como un centro común de imputación de actos jurídicos; este centro al cual se imputan dichos actos constituye la entidad de derecho.

Cuando podemos referir un acto jurídico a alguien, por el solo hecho de referirlo a un determinado ente, hemos elaborado el concepto de sujeto de derecho; porque el sujeto no es otra cosa que el soporte al cual se imputan determinados actos, tanto de la persona jurídica individual,

como de la colectiva. Al derecho sólo le interesan los actos jurídicos; es decir, aquellas actividades que pueden caer bajo el dominio de la norma y que se manifiestan como derechos o como deberes.

Como el derecho o deber necesariamente suponen alguien como entidad a quien deban imputarse, Kelsen considera que es por virtud del proceso de imputación como creamos la personalidad jurídica. No tendría sentido un acto jurídico que no pudiera imputarse a alguien, porque siempre supone un acto de conducta, y como tal, la intervención del hombre; pero ésta puede realizarse para ejecutar un acto de conducta referible exclusivamente a su persona, o imputable a un conjunto de hombres, a una conducta colectiva que constituye una entidad distinta de ella.

5.—*Tesis de Brinz.*—Según Brinz, citado por Francisco Ferrara, las personas morales son en realidad verdaderos patrimonios de afectación. Existen dos clases de patrimonios: los referidos a la persona física, al hombre, en cuyo caso la ley finca la representación de los mismos a través de sus titulares como personas físicas. Por esto no hay problema alguno para la representación de ese conjunto de bienes, que tienen necesariamente un titular, independientemente de la entidad patrimonial. Además de estos patrimonios vinculados directamente con el hombre como persona física, existen diversos conjuntos de bienes, derechos y obligaciones formando una universalidad jurídica con entidad propia, que no pueden referirse a un hombre, pero que el derecho los organiza, los protege y los reconoce como si fuesen una entidad que puede ser soporte de derechos y obligaciones. Esta entidad no es sujeto de derechos y obligaciones, es simplemente soporte de los mismos; no son derechos de alguien, sino de algo, del patrimonio.

La unidad creada en el patrimonio afectación se alcanza merced a un fin, que puede ser jurídico, económico o de naturaleza mixta: jurídico-económico. Cuando la norma reconoce un cierto fin social, al cual se destinan un conjunto de bienes, pensamos que hay ahí una persona jurídica; tratamos de personalizar lo que en realidad es un patrimonio que va a cumplir un cierto fin. Pero para cumplir ese cierto fin, no bastaría reconocer un conjunto de bienes, habría que otorgar derechos y que imponer obligaciones; derechos y obligaciones con referencia no a un sujeto, sino a un patrimonio.

El problema de que no puede haber derechos sin sujeto, u obligación sin responsable, queda explicado en el sentido de que se personifica a un patrimonio, y para la realización de tal fin se permite que el patrimonio sea acreedor o deudor. Es la tesis de Gaudemet, Jallu y Gazin,

que afirman que el patrimonio es sujeto pasivo en la relación jurídica de crédito.

La teoría de los patrimonios de destino postulada por Brinz, nace con un carácter negativo para destruir la tesis de la ficción que gozaba de gran prestigio. Explica Ferrara que Savigny, Puchta y Baron comenzaron por aceptar que el sujeto en los entes colectivos se constituye por una ficción más que de la persona, del fin para el cual están destinados los bienes, de tal manera que reconocieron que la creación de las personas morales era en verdad una creación de la nada. Por virtud de un estudio de Unger, la teoría de la ficción termina en su primera fase, ya que inicia un aspecto distinto que prepara después la tesis de los derechos sin sujeto que habría de desarrollar Brinz. En esta segunda fase se considera que las personas jurídicas no son sujetos fingidos para crear un ente de la nada, sino verdaderas fórmulas científicas para explicar un complejo de fenómenos jurídicos.

Ferrara, *Teoría de las Personas Jurídicas,* traduc. de Eduardo Ovejero, Madrid, 1929, págs. 128 y 129.

Comentando Ferrara las ideas de Brinz hace notar que para dicho autor no es posible agrupar al lado de las personas naturales, las llamadas personas morales o ideales, por no existir idéntica o semejante naturaleza entre las mismas; que en realidad lo que existe para los entes colectivos es un patrimonio de destino que viene a sustituir en virtud de su propio fin al sujeto de derecho, es decir, es un subrogado de éste, de tal manera que ese patrimonio no es de algún sujeto, sino de algunas cosas, que también pueden ser materia de una regulación jurídica. Por esto, aun cuando el patrimonio no pertenezca a alguien, sí pertenece a algo, es decir, a un fin. En este sentido admite Ferrara que es superior la idea de Brinz a la tesis de la ficción que simplemente parte de un sujeto fingido, pues como tal no tiene realidad y nada le puede pertenecer. Invoca también Brinz como un segundo argumento, las fuentes romanas para demostrar que no reconocieron la distinción moderna entre personas naturales y jurídicas. Irónicamente se expresa Brinz en sus *Pandectas* (*Pandekten,* 3ª ed., I, pág. 226) que: *"Con el mismo resultado con que Puchta quiere tener en pie un patrimonio por medio de una persona fingida, podremos nosotros fingir que prendemos nuestro cabello de un clavo imaginario clavado en la pared".* Esta tendencia sólo se explica por el fenómeno psicológico arraigado fuertemente a la mente humana de querer personificar los entes, proyectando la propia personalidad sobre las cosas, o como dice Brinz, en los hombres existe el

instinto de pensar que las demás cosas son semejantes a los seres humanos. Por la misma razón consideramos que Dios hizo al hombre a su imagen y semejanza.

Los patrimonios de destino o afectados a un fin que reconoce Brinz, son principalmente el Estado, el Municipio, los colegios, las universidades, las fundaciones, pues en todos ellos se alcanza la unidad en razón del fin.

Aun cuando Ferrara admite que la noción de fin es una conquista importante en la teoría de la personalidad jurídica, no acepta la existencia de derechos sin sujeto, pues éste es necesariamente el apoyo de tales facultades y el término lógico en toda relación jurídica que sólo puede darse entre sujetos, de lo contrario tanto el derecho como la relación quedarían en el vacío.

De todo lo expuesto se concluye que la idea de fin de los patrimonios de destino no es bastante para sustituir al sujeto titular de los mismos, teniendo razón Zitelmann al decir que la distinción entre pertinere ad aliquem y pertinere ad aliquid es en realidad un juego de palabras. Además, la tesis de Brinz trae consigo una alteración básica de todos los principios del derecho y especialmente de las instituciones civiles, pues la propiedad se convierte en "una ligazón jurídica de cosas" y puede referirse tanto a un hombre como a un fin. El mismo pandectista germano se ve obligado a reconocer la insuficiencia de su tesis cuando trata de explicar la representación del patrimonio en atención al fin, ya que admite que el representante se convierte en un verdadero titular, como si se tratase de un fiduciario. Indica Ferrara que puede haber personas jurídicas sin patrimonio, atacando así por su base la teoría que venimos estudiando. Por otra parte, la capacidad de las personas jurídicas sólo podría explicarse desde el punto de vista patrimonial, pues quedaría limitada a su esfera económica en tanto y cuanto posean patrimonio.

6.—*Tesis de Ferrara.*—Este autor en su ya citada obra, fundamentalmente sostiene que en sentido jurídico la persona significa ser sujeto de obligaciones y derechos, y que como tal, este concepto es una creación del orden jurídico que tiene su causa y nacimiento en el derecho objetivo.

Tanto la persona física, como la persona jurídica colectiva son creaciones del derecho, no son realidades, sino categorías jurídicas que el sistema normativo puede referir a un determinado sustrato que es independiente de la corporalidad o realidad material del ente o sujeto que se trate de personificar.

La persona física puede perder su categoría jurídica de tal, en los casos en que un determinado derecho positivo admita la esclavitud o la muerte civil, como consecuencia de una condena o de un estado religioso.

Si lo anterior se dice para las personas físicas, nada impide que la persona moral o ideal dependa de la norma jurídica. En la construcción de esta personalidad Ferrara considera esenciales los siguientes elementos: a).—El conjunto o reunión de hombres; b).—La realización de un fin común, determinado, posible y lícito y c).—El reconocimiento que otorgue el derecho objetivo a los dos citados elementos, para conferir la capacidad jurídica.

1º—Respecto al primer elemento, debemos decir que como la personalidad es la forma de reducir a la unidad las relaciones jurídicas y aquellos actos del hombre que tengan contenido jurídico, lógicamente no sólo es posible personificar los actos del hombre, sino también aquellos que ejecuten un conjunto de hombres, bajo un fin determinado, posible, lícito y común.

En las personas jurídicas colectivas, existe la pluralidad de individuos que cobran o adquieren unidad no a través de sus personalidades físicas, sino merced a la realización del fin común, lo que permite hablar de una conducta común y de un sistema de derecho que organice esa conducta en atención al fin propuesto, siempre y cuando éste sea determinado, pues una vaguedad en los propósitos no podría caracterizar la institución. Es decir, el perfil o límite jurídico que se acepte para personificar un conjunto de actos y fines, debe ser preciso, determinado, para fijar el radio de acción que capacite jurídicamente al ente o sujeto a quien se va a otorgar vida, capacidad y personalidad. El fin también debe ser posible, pues el derecho no podría tomar en cuenta una asociación que desde un principio estuviese condenada a la inacción, ante una imposibilidad jurídica o física. Conforme al derecho, hay imposibilidad jurídica cuando el acto o actos que se trate de realizar son incompatibles con una norma que debe regirlos necesariamente, la que constituye, por lo tanto, un obstáculo insuperable para su realización. Tal sería en México el caso de una sociedad comercial por acciones que tuviese por objeto adquirir fincas rústicas para destinarlas a la agricultura, en virtud de que el artículo 27 constitucional expresamente declara que: "Las sociedades comerciales por acciones, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas. Las sociedades de esta clase que se constituyeren para explotar cualquier industria fabril, minera, petrolera, o para algún otro fin que no sea agrícola, podrán adquirir, poseer o administrar terrenos únicamente en la extensión que sea estrictamente necesaria para

los establecimientos o servicios de los objetos indicados, y que el Ejecutivo de la Unión, o los de los Estados, fijarán en cada caso".

En cuanto a la posibilidad física, es evidente este requisito, toda vez que se considera imposible físicamente un hecho o fin, cuando van en contra de una ley de la naturaleza que constituya un obstáculo insuperable para su realización. Sólo desde el punto de vista imaginativo podría pensarse en el ejemplo absurdo de una asociación de hombres para la consecución de un fin imposible.

Finalmente, el reconocimiento que haga el orden jurídico a la entidad colectiva que se trata de crear, es esencial para Ferrara, toda vez que la voluntad humana no puede crear sujetos de derecho; éstos sólo pueden emanar del orden jurídico. Las corporaciones o fundaciones no son producto de la voluntad de los socios o del fundador, sino de la voluntad del orden jurídico, es decir, del derecho objetivo. La voluntad del hombre constituye sólo el sustrato o elemento material para que el ordenamiento jurídico otorgue el reconocimiento; pero es indispensable al lado de este elemento, el que Ferrara considera formal o constitutivo de la personalidad, que sólo puede concederlo el derecho. No se trata, según dicho autor, de un simple acto declarativo o de la intervención de un órgano del Estado para certificar o autentificar la constitución de la personalidad jurídica.

En relación con este tema citaremos el criterio primitivo adoptado por la Ley General de Sociedades Mercantiles, que en la parte conducente de su Exposición de Motivos, dice: "El Ejecutivo ha creído que ese difícil problema de las sociedades de hecho o irregulares puede desaparecer acogiendo un sistema similar al inglés; es decir, *haciendo derivar el nacimiento de la personalidad jurídica de un acto de voluntad del Estado* cuya emisión esté condicionada al cumplimiento de las disposiciones de orden público de la ley relativas a la constitución de las sociedades. Con esto no se abandona el régimen normativo, en cuanto que los órganos del poder público no van a otorgar en cada caso una autorización discrecional para que una sociedad mercantil pueda constituirse, sino que su única función consistirá en comprobar que se han satisfecho las disposiciones legales taxativas. Atendiendo precisamente a esta circunstancia, la ley encomienda a las autoridades judiciales la facultad de ordenar el registro de las sociedades y regula un procedimiento para llevar a cabo la comprobación de los requisitos de que se viene hablando. Consecuencia natural de que en lo sucesivo el nacimiento de las sociedades, estará precedido de la comprobación ante los órganos del poder público de la legalidad de su constitución, es la de que no serán atacables las inscripciones del Registro ni por los socios ni por los terceros, por lo

que, salvo el caso de excepción que en seguida se indica, no habrá ya lugar a juicios de nulidad de sociedades, sino que, logrado el registro, sólo mediante la disolución y la liquidación llevadas a cabo en los términos y con las condiciones que sobre el particular se fijan, podrá extinguirse la personalidad jurídica de las mismas sociedades".

2º—Existencia de un fin común, lícito, posible y determinado. Ya con anterioridad hemos explicado por qué la asociación de hombres que constituye el substratum sociológico de las personas jurídicas colectivas, debe proponerse un fin común con todos y cada uno de los requisitos antes mencionados.

3º—Reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica colectiva. Indicamos también que según Ferrara dicho reconocimiento no sólo tiene por objeto fines de autenticidad, ni permitir a un órgano del Estado intervenir en la constitución de las personas morales, para que se cumplan todos los elementos esenciales y de validez inherentes a su formación, sino que sobre todo el reconocimiento del orden jurídico es necesario para darle vida al ente moral.

El reconocimiento que el derecho hace de la personalidad jurídica, no significa que sea necesario un acto especial del Estado, como hemos visto para nuestras sociedades mercantiles, a efecto de que nazca la personalidad jurídica colectiva. Sin embargo, históricamente se puede comprobar que el poder público ha intervenido en la formación de las personas morales. Era necesaria la aprobación estatal para formar asociaciones o corporaciones en el mismo derecho antiguo, aun cuando el significado del reconocimiento que haga el poder público ha sufrido profundas modificaciones en el curso de la historia del pensamiento jurídico. Para la teoría de la ficción, el reconocimiento tiene un valor constitutivo, pues sólo la ley crea las personas morales. Para una segunda concepción, el reconocimiento tiene un valor declarativo. "Este pensamiento, ya emitido por Beseler (*Volksrecht und Turistenrecht,* págs. 173 y sigs.), se encuentra desarrollado con gran precisión por Gierke y es aceptado por la banda de los realistas" (Ferrara, pág. 381). Para una tercera concepción el reconocimiento tiene un carácter confirmativo. "Karlowa (Zur Lehre v. der jurist. Personen Zeits. f. das privat und offentl, Recht, XV, págs. 403 y sigs.) que es el sostenedor de esta doctrina, dice que al surgir las corporaciones y fundaciones, cooperan tanto los particulares como el Estado, aquéllos mediante un acto autonómico de constitución o fundación, éste mediante un acto accesorio de confirmación" (Ferrara, *ob. cit.,* pág. 382). Concluye Ferrara dándole al reconocimiento un valor constitutivo, en cuanto que a la existencia sociológica de los entes colectivos se agrega su existencia jurídica que exclusivamente depende del

derecho. Antes del reconocimiento se trata sólo de entes que aspiran a la personificación, ni siquiera son personas en potencia o en incubación. Sólo el reconocimiento produce la personalidad y les concede la impronta jurídica necesaria en el derecho.

7.—*Teoría de la institución de Hauriou.*—Este autor se ocupa del problema de la personalidad jurídica tanto en su obra denominada *De la personalité comme élément de la réalité sociale,* como en su *Droit constitucionnel* y en *La théorie de l'institution et de la fondation.*

Para Hauriou, la institución es *"una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos" (La théorie de l'institution et de la fondation).*

Según esta definición se puntualizan los siguientes elementos: a).—La institución es una idea de obra que tiene realización efectiva y jurídica; b).—Al realizarse se constituye un poder; c).—Este poder necesita de órganos; d).—Para la realización de la empresa se ponen en común actividades que están dirigidas por los órganos del poder.

a).—La institución es una idea de obra que tiene realización efectiva. En concepto de Hauriou, la idea de obra significa su transformación en hechos, en realidades, de tal suerte que adquiere existencia objetiva e independiente a través de los mismos. Toda institución, además, es algo dinámico, que se manifiesta en constante actividad, y por esto se trata de una idea de empresa, que tiene realidad a través de sus actos. Puede decirse que es un ente funcional; que en tanto que funciona y está en actividad, constituye una empresa.

b).—La realización de la empresa origina un poder. Necesariamente debe existir un principio de dirección y de mando y, por lo tanto, la existencia de un órgano director. Como en toda institución vive y funciona una idea directriz que se traduce en actos y a través de este principio se unifica.

c).—El poder de la institución necesita de órganos. Toda entidad distinta de las personas físicas que la constituyan, sólo puede actuar mediante sus órganos. Como la institución es una idea de obra, que necesariamente está en actividad constante, es evidente que precisa de órganos para cumplir con sus finalidades.

d).—Para la realización de la empresa, existe una comunidad de fines. La idea de obra no se identifica con el fin, pues éste es algo que

tratará de alcanzarse y que por lo tanto no forma parte de la esencia misma de la institución, sino que se presenta como algo fuera de ella, que apunta el sentido y dirección de sus actos. Los fines comunes que permiten la organización de las actividades, y su regulación jurídica, deben ser determinados y, por lo tanto, limitados en un cierto sentido.

CAPITULO IV

Los Objetos del Derecho

1.—*Enumeración de los objetos directos del derecho.*—Los objetos directos del derecho comprenden las siguientes formas de conducta jurídicamente regulada:

a) *Los derechos subjetivos;* b) *Los deberes jurídicos;* c) *Los actos jurídicos;* d) *Los hechos lícitos e ilícitos y* e) *Las sanciones jurídicas.*

a) *Los derechos subjetivos son formas de conducta jurídicamente regulada,* pues constituyen un proceder lícito que el derecho expresamente reconoce al facultar a una persona para que haga, exija o impida algo en relación con otra que se considera sujeto pasivo, quien debe soportar la acción, la exigencia o el impedimento del sujeto activo.

b) *Los deberes jurídicos son también formas de conducta reguladas por el derecho,* toda vez que constituyen un estado de sujeción del obligado frente al pretensor, es decir, implican siempre una especial conducta que debe realizar el sujeto pasivo en relación con el activo, consistente en dar, hacer, no hacer o tolerar.

c) *Los actos jurídicos constituyen formas de conducta reguladas por el derecho,* pues éste determina sus elementos esenciales y de validez para que puedan surtir consecuencias jurídicas.

En el acto jurídico debemos distinguir dos aspectos: 1.—*Como forma de realización de un supuesto jurídico y* 2.—*Como conducta jurídicamente regulada que constituye el objeto del derecho.*

d) *Los hechos lícitos o ilícitos constituyen a su vez otras formas de la conducta jurídica,* pues el ordenamiento los toma en cuenta para calificarlos y determinar las consecuencias que son susceptibles de producir.

e) *Las sanciones jurídicas son también objetos específicos del derecho,* pues independientemente del mal que implican para el infractor, se les considera por el ordenamiento jurídico como formas de constitución de derechos y obligaciones. *Sin embargo, se ha descuidado estudiar el*

aspecto de la sanción como un objeto del derecho, que se manifiesta en facultades y obligaciones, no obstante que es esta fase la que debe importar al jurista, pues es ella propiamente la que constituye la conducta que es objeto de regulación.

2.—*Definición del derecho subjetivo.*—Comúnmente se define el derecho subjetivo como la facultad derivada de una norma jurídica para hacer u omitir algo.

Cabe completar la definición usual de derecho subjetivo, en el sentido de que es la facultad jurídica derivada de una norma para hacer, exigir o impedir algo respecto de una conducta o esfera jurídica ajenas. Concretando nuestra idea creemos que la definición completa sería la siguiente: el derecho subjetivo es la facultad derivada de una norma jurídica para interferir en la persona, en la conducta o en el patrimonio de otro sujeto o para impedir una interferencia ilícita.

3.—*Formas de los derechos subjetivos.*—De acuerdo con el concepto propuesto, clasificaremos las formas lógicas en que pueden presentarse los distintos derechos subjetivos. Para este efecto no nos sujetaremos a las clasificaciones tradicionales que los distinguen en absolutos y relativos, públicos y privados, patrimoniales y no patrimoniales, transmisibles o intransmisibles, etc., etc. Nuestro propósito es lograr una clasificación atendiendo al tipo de interferencia, de tal manera que distinguiremos las siguientes categorías:

a) Derechos subjetivos como facultades de interferencia para exigir una prestación;

b) Derechos subjetivos como facultades de interferencia para impedir o repeler toda intromisión ilícita en el patrimonio, en la persona o en la conducta propia;

c) Derechos subjetivos como facultades de interferencia que corresponden al sujeto capaz para modificar su esfera de derecho, interviniendo correlativamente en una esfera jurídica ajena;

d) Derechos subjetivos como facultades de interferencia que corresponden al obligado a efecto de intervenir lícitamente en la persona, conducta o patrimonio del pretensor, al cumplir sus deberes jurídicos y,

e) Derechos subjetivos como facultades de optar entre el ejercicio de dos o más derechos, para hacer valer uno de ellos, o entre el cumplimiento de dos o más deberes.

4.—*Teoría de la voluntad de Bernardo Windscheid.*—Nos serviremos al efecto, para exponer las teorías de Windscheid y Rodolfo Ihering

sobre los derechos subjetivos, de la obra denominada *La Dogmática Jurídica,* publicada por la Editorial Losada, S. A., Buenos Aires.

"Del derecho como facultad —dice Windscheid— (derecho en sentido subjetivo, derecho subjetivo), se habla en un doble sentido. 1.—Derecho a una cierta conducta, acción u omisión, de una persona singular o de todas las que se encuentran frente al facultado. El orden jurídico (el derecho en sentido objetivo, el derecho objetivo) ha emitido, en base a un hecho concreto, un mandato de observar una conducta de determinada índole y ha puesto este mandato a la libre disposición de aquel en cuyo beneficio ha sido emitido... 2.—La palabra derecho no tiene esta significación, cuando se dice, por ejemplo, el propietario tiene el derecho de enajenar su propiedad, el acreedor el derecho de ceder su crédito, a un contratante compete el derecho de desistimiento o de desahucio y otras". (*Ob. cit.,* págs. 221 y 222).

De la transcripción que antecede se deduce como parte importante en la teoría de Windscheid, su definición del *derecho subjetivo como "poder o señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico".*

5.—*Los dos elementos del derecho subjetivo según Ihering.*—Dice así este autor:

"Dos elementos constituyen el principio del derecho: uno substancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce una utilidad, las ventajas y ganancias que éste asegura; otro formal, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber: protección del derecho, acción de la justicia. Este es el fruto y aquél la envoltura o cáscara protectora. Por sí mismo el Estado no crea más que un estado de hecho útil o de goce (interés de hecho) que cualquiera, a su antojo, tiene el medio o puede impunemente, a cada instante destruir o cambiar. Esta situación viene a ser no menos precaria, menos inestable, que cuando la ley viene a protegerla. La seguridad jurídica del goce es la base jurídica del derecho. *Los derechos son intereses jurídicamente protegidos.* Utilidad, bien, valor, goce, interés, tal es la sucesión de ideas que despierta el primer elemento sometido a nuestro estudio". (*Ob. cit.,* pág. 181).

Explica Ihering que el primer elemento que ha denominado sustancial y en el que reside el fin práctico del derecho por contener un interés, no sólo tiene un valor patrimonial o estimación económica, sino que existen otros intereses que además deben garantizarse al hombre, como son todos los inherentes a su naturaleza moral: personalidad, libertad, honor, vínculos familiares, etc., etc. En cuanto al segundo elemento, la acción en juicio, constituye la forma única a través de la cual se otorga la protección jurídica al interés que integra el derecho subjetivo.

6.—*Crítica a la tesis de Ihering.*—Las primeras críticas que se dirigieron a la teoría del interés partieron del hecho indudable de que la

norma jurídica no protege los intereses individuales en tanto que son aspiraciones o beneficios que cambian de sujeto a sujeto y que por lo tanto dependen de múltiples circunstancias. Los intereses que protege la ley son aquellos que tienen un valor general y firme en toda una colectividad y en una cierta época.

El propio Ihering comprendió el error de su doctrina al concretarla a los intereses individuales y personalísimos y se propuso evitarlo imaginando la teoría de los "intereses medios", es decir, de aquellos intereses generales y constantes en una sociedad determinada que el ordenamiento jurídico toma en cuenta para protegerlos en sus distintas manifestaciones e independientemente de los propósitos individuales de aquellos a quienes la ley trata de amparar.

7.—*Ideas de Jorge del Vecchio sobre el derecho subjetivo.*—Distingue Del Vecchio dos elementos en el derecho subjetivo: el interno o posibilidad de querer y de obrar conforme a la norma jurídica y el externo que está constituido por la no concurrencia de un impedimento ajeno, es decir, tiene más bien un carácter negativo al tomar como base la inexistencia de todo impedimento por parte de otro sujeto, pues de presentarse éste ya el sujeto activo no podría desarrollar su actividad en una forma lícita. "Existe, pues, una posibilidad de exigir de otros el respeto, elemento al cual podemos denominar externo, porque se desenvuelve frente a los demás. Ambos elementos son necesarios para el concepto del derecho subjetivo, el cual no consiste simplemente en una posibilidad de hacer, porque no se confunde con la posibilidad física. Esta (la llamada libertad natural), es más amplia que la posibilidad jurídica, la cual, aunque más restringida, tiene, sin embargo, un valor infinitamente mayor, por cuanto que va acompañada de la exigencia de respeto. Podemos, por tanto, definir el derecho subjetivo, teniendo en cuenta estos varios elementos que le son propios, como la facultad de querer y de pretender atribuida a un sujeto, a la cual corresponde una obligación por parte de otros". (*Filosofía del Derecho,* pág. 391).

8.—*Punto de vista de Kelsen.*—Este autor define el derecho subjetivo identificándolo con el derecho objetivo, es decir, con la norma jurídica, de tal manera que en realidad *el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal.* O en otras palabras, al imputar la norma al sujeto, se crea la noción de derecho subjetivo, de manera que éste sólo es la subjetivación de la norma. La facultad o pretensión contenida en la misma al imputarse o referirse a un sujeto de-

terminado, origina el derecho subjetivo, pues queda a merced de la declaración de voluntad de un sujeto, la posibilidad jurídica de exigir la intervención de un órgano del Estado, mediante la acción en juicio, para que se aplique al autor de un hecho ilícito, la consecuencia coactiva estatal. Para que se realice esta imputación, es menester que el derecho se ponga a disposición del sujeto, de tal manera que es necesaria una manifestación de su voluntad, a efecto de que nazca una determinada consecuencia a cargo de otro sujeto, que en el sistema kelseniano se manifiesta siempre como un acto coactivo del Estado.

Teoría General del Estado, traduc. de Luis Legaz y Lacambra, Labor, S. A., 1934, pág. 76.

Nos dice Kelsen que el derecho subjetivo tiene, en la doctrina tradicional, diferentes significaciones. La primera se refiere a exigir una conducta ajena; la segunda a realizar una conducta propia, y la tercera a tener un poder jurídico sobre determinados bienes que nos pertenezcan en propiedad o de los que tengamos el goce, el uso o la posibilidad de utilizarlos como garantía. Además de estas tres significaciones que señala Kelsen, también podemos considerar una cuarta, consistente en la facultad de crear la relación jurídica. Analizaremos estas primeras tres significaciones que menciona el citado autor, para después referirnos a la cuarta que proponemos.

9.—*El derecho subjetivo como facultad de exigir una conducta ajena.*—La primera consiste en la posibilidad normativa de exigir una conducta ajena, tal es el derecho subjetivo del acreedor para exigir del deudor una prestación positiva o negativa; es decir, de dar, hacer o no hacer. En esta primera significación del derecho subjetivo, con toda claridad se advierte que el contenido de la facultad se dirige siempre a exigir un deber jurídico en un sujeto pasivo y que, por lo tanto, hay una relación constante entre la facultad del sujeto activo y el deber del sujeto pasivo. De tal manera que el contenido del derecho subjetivo se mide por el contenido del deber jurídico.

10.—*El derecho subjetivo como derecho a la propia conducta.*—El segundo significado consiste en afirmar que hay un derecho subjetivo a la propia conducta; es decir, aquí el contenido del derecho subjetivo se manifiesta como una facultad para que el sujeto activo pueda hacer u omitir algo en relación con su propia persona. Este segundo significado quiere decir que si el sujeto está facultado para hacer algo, lógicamente tendrá esa posibilidad normativa para actuar en tal sentido, por no exis-

tir el deber de realizar la conducta contraria, es decir, de abstenerse respecto de tal hecho. También cuando afirmamos que tenemos el derecho subjetivo de no hacer algo, es porque al mismo tiempo negamos que tengamos el deber de hacer la conducta que según la norma jurídica, estamos facultados para omitir. Si un trabajador tiene el derecho subjetivo de no laborar los domingos, es porque, lógicamente, según la norma, no existe el deber jurídico de laborar en esos días, como sí se lo impone la ley respectiva, en cuanto a los días restantes de la semana.

A propósito de este derecho subjetivo, Kelsen considera que necesariamente debe haber un deber jurídico en los demás. Porque la facultad de hacer o de omitir algo respecto a la propia persona o en cuanto a la propia conducta, significa que existe el deber jurídico en todos los demás, para no impedir al sujeto activo que realice la conducta que tiene derecho a ejecutar en cuanto a su propia persona.

Dice Kelsen comentando estas significaciones del derecho subjetivo: "Cuando el derecho tiene carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a que otro está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo de una persona presupone el deber jurídico de otra. En el caso en que se trata de un derecho a la conducta ajena, ello es evidente por sí mismo. El acreedor tiene el derecho subjetivo de reclamar del deudor el pago de cierta suma de dinero, y, si el segundo está jurídicamente obligado, deberá pagar dicha suma. Pero también podemos hablar de un derecho subjetivo a la propia conducta, sólo en cuanto un deber correspondiente es impuesto a otro sujeto. El aserto: tengo el derecho subjetivo de usar un camino que atraviesa la propiedad de otra persona, significa: el dueño de tal propiedad está jurídicamente obligado a no impedirme el uso de ese camino. La afirmación de que tengo el derecho de conducirme en determinada forma puede encerrar —es cierto— sólo una significación negativa, a saber, la de que no estoy obligado a conducirme de otra manera. Al declarar: tengo derecho de hacer algo, posiblemente sólo quiero decir que no estoy obligado a abstenerme de hacerlo; y al decir: tengo el derecho de abstenerme de algo, posiblemente sólo quiero expresar que no estoy obligado a hacerlo. En este sentido la frase: tengo un derecho, posee únicamente la significación negativa de que —con respecto a cierta conducta— soy libre, en cuanto no hay norma que me obligue a ese comportamiento o al contrario. Pero, para que yo pueda ser jurídicamente libre en relación con cierta conducta, otro individuo, o todos los individuos tienen que estar obligados al comportamiento correlativo. No soy jurídicamente libre de hacer lo que quiero si los demás no están jurídicamente obligados a no impedirme que lo haga. Mi libertad jurídica

es siempre la sujeción jurídica de otro, y mi derecho subjetivo es en todo caso el deber jurídico de una persona distinta" (*Teoría General del Derecho y del Estado,* traduc. de Eduardo García Máynez, 2ª ed., Imprenta Universitaria, México, 1958, págs. 87 y 88).

11.—*El derecho subjetivo como poder jurídico sobre bienes propios o ajenos.*—Una tercera significación del derecho subjetivo consiste en el poder jurídico de llevar a cabo determinados actos en relación con nuestros bienes, o con ciertos bienes ajenos. Aquí el derecho subjetivo va a implicar el poder jurídico de poder usar, gozar o disponer de los bienes propios, o bien, en ciertos casos, el poder jurídico de usar o gozar los bienes ajenos, así como también de poderlos tomar como garantía para afectarlos al pago en el cumplimiento de ciertas obligaciones del sujeto pasivo.

Esta tercera significación del derecho subjetivo es correctamente analizada por Kelsen, al considerar que implica un deber jurídico en los demás para abstenerse a fin de que el sujeto activo pueda realizar los actos que conforme a la norma está facultado para llevar a cabo en cuanto a sus propios bienes o a los ajenos.

De aquí la clasificación fundamental de derechos reales sobre bienes propios; por ejemplo, la propiedad; y derechos reales sobre bienes ajenos; por ejemplo, el usufructo, la hipoteca, la prenda.

Tanto en los derechos reales sobre bienes propios, como en los derechos reales sobre bienes ajenos, existe el deber jurídico de respeto a cargo de los terceros, es decir, de ese sujeto pasivo universal a que se refiere Planiol, para no impedir al sujeto activo que pueda llevar a cabo todos los actos inherentes a su derecho, en el uso, en el goce, en la disposición, o bien abstenerse de realizar aquellos actos si así lo considera conveniente, por ejemplo, la facultad que tiene el propietario para usar o no usar, gozar o no gozar, disponer o no disponer de la cosa propia. Esto da lugar a la distinción entre derechos reales, jus in rem, por oposición a derechos personales, jus in personam. Los jus in rem, implican esa facultad jurídica para realizar u omitir algo respecto de bienes propios o ajenos, en la medida en que la norma la establezca; el jus in personam, implica la facultad de exigir algo, a un sujeto pasivo denominado deudor, para que realice una prestación de dar o hacer, o una abstención, es decir, un no hacer.

Dice Kelsen, analizando estos derechos reales y personales: "El lenguaje cotidiano parece sugerir una distinción entre dos clases de derechos. Se dice: tengo el derecho de hacer o de omitir tal o cual cosa.

Dícese también: tengo el derecho de exigir de otra persona que haga o se abstenga de hacer tal o cual cosa. El uso lingüístico hace pues una distinción entre el derecho a la propia conducta y el derecho a la conducta ajena; en el lenguaje diario hacemos, además, otra. No sólo decimos que se tiene derecho a cierto comportamiento —el propio o el de otra persona—; también declaramos que alguien tiene un derecho sobre determinada cosa. La propiedad es el ejemplo típico de un derecho sobre una cosa. Decir que tengo la propiedad de una cosa, significa que tengo un derecho sobre ella. De aquí deriva la distinción entre jus in rem, esto es, derecho a una cosa; y jus in personam, es decir, derecho de exigir que otro se conduzca en determinada forma, o derecho a la conducta ajena. Por ejemplo: el acreedor tiene el derecho de exigir al deudor que pague cierta cantidad de dinero. Pero, el derecho sobre una cosa, jus in rem, parece ser únicamente un caso especial del derecho a la conducta propia. Declarar que soy propietario de una cosa significa que tengo el derecho de usarla o de destruirla, en una palabra, que puedo disponer de ella a voluntad." (*Ob. cit.* pág. 87). Por lo tanto, agregaríamos, sería un derecho a la propia conducta, pero ya referida a la actividad que podemos ejecutar sobre las cosas. Para distinguir derecho a la propia conducta en el sentido de hacer o de omitir algo, en cuanto que esa acción u omisión sólo signifiquen actividad pura; o bien, derecho a la propia conducta en el sentido de hacer o de omitir algo, pero en relación con una cosa.

12.—*El derecho subjetivo como facultad de crear la relación jurídica.*—Después de haber precisado estas tres significaciones, conviene ahora agregar una cuarta que ya no menciona Kelsen y que es indiscutiblemente la que tiene mayor importancia en el derecho privado. Nos referimos a la posibilidad normativa de crear la relación jurídica. O dicho en otras palabras; a la facultad que tiene el sujeto para poder crear a través del acto jurídico nuevos derechos y obligaciones, al poner en movimiento una norma jurídica para referirla a uno o varios sujetos determinados. Este derecho subjetivo se manifiesta en esa potestad que el derecho objetivo reconoce en el particular a través del principio de la autonomía de la voluntad, precisamente para poder crear libremente relaciones jurídicas; especialmente por el contrato, el convenio o los actos jurídicos unilaterales.

El término autonomía de la voluntad está demostrando que la norma de derecho faculta al sujeto, bien para que por su sola voluntad, o de acuerdo con otra, pueda crear obligaciones y, por consiguiente, derechos subjetivos. Es decir, pueda engendrar la relación jurídica, y en-

tonces tenemos, como particulares, una potestad indiscutible: la potestad de crear derechos.

13.—*Concepto del deber jurídico y formas del mismo.*—Con el objeto de mantener un paralelismo con las cinco manifestaciones del derecho subjetivo a que ya antes tuvimos ocasión de referirnos, enunciaremos a su vez cinco formas del deber jurídico, en los siguientes términos:

a) Deber jurídico de prestación para soportar la interferencia lícita del pretensor, exigiendo una prestación de dar o de hacer y para cumplir el acto debido al ejecutar la conducta de dar o de hacer que constituya el objeto de la obligación.

b) Deber jurídico de abstención para no interferir en una esfera ajena (persona, conducta o patrimonio), sin que exista una expresa autorización normativa que sólo de manera excepcional puede facultar para llevar a cabo un acto lícito de interferencia. En este deber se funda toda la coexistencia social y la seguridad jurídica, así como el orden y la paz pública.

c) Deber jurídico de tolerancia para sufrir la modificación que se opere en la esfera propia, como consecuencia de la que se operó en la ajena.

d) Deber jurídico de tolerancia que corresponde al pretensor a efecto de permitir el acto lícito del cumplimiento de una obligación por parte del sujeto pasivo.

e) Deber jurídico de tolerancia para permitir el derecho de opción que tiene el pretensor en aquellos casos en los que la norma jurídica lo faculta para elegir entre dos o más facultades. El sujeto pasivo debe soportar cualquiera de las distintas interferencias que puede llevar a cabo el sujeto activo, según opte por ejercitar la facultad 1, o la facultad 2, o la facultad 3, etc., etc.

Podemos, en consecuencia, denominar los distintos deberes con las siguientes fórmulas abreviadas: 1.—*Deber de prestación* (dar o hacer); 2.—*Deber de no interferencia;* 3.—*Deber de tolerar la modificación de la esfera jurídica propia;* 4.—*Deber de tolerancia del pretensor y* 5.—*Deber de tolerancia del derecho de opción.*

14.—*Definición del deber jurídico, según Kelsen.*—Este autor considera que el deber jurídico es aquella conducta contraria al acto antijurídico; es decir, el contenido del deber jurídico se determina exclusivamente por oposición al contenido del acto antijurídico. De esta suerte, si el acto antijurídico es aquella conducta que el derecho toma en cuenta para aplicar la sanción, de tal manera que siempre resulta ser el hecho condicionante de la consecuencia coactiva, el deber jurídico va a ser jus-

tamente la conducta contraria a la que constituye el contenido del acto antijurídico. Por lo tanto, el contenido del deber jurídico se determina realizando la conducta opuesta a la que la ley toma en cuenta como condición de la consecuencia coactiva. Por ejemplo, si el no pago de una obligación constituye el acto antijurídico y, por ende, el supuesto condicionante de la sanción jurídica, la conducta contraria al no pago, o sea, realizar el pago, determinará el contenido del deber. Esta conducta contraria al hecho antijurídico consistente en pagar o cumplir una obligación, justamente va a consistir en proceder de tal manera que no se aplique la sanción.

Sólo por exclusión Kelsen determina el contenido del deber jurídico. Primero nos dice que debemos investigar conforme a un cierto derecho positivo, cuáles son los actos antijurídicos, es decir, ante qué supuestos las normas de derecho imponen consecuencias coactivas, y una vez que hayamos definido estos actos antijurídicos, por ejemplo, en materia penal todos los delitos, por estar sancionados; en materia civil todos los hechos o actos que tengan alguna sanción: nulidad, reparación del daño, rescisión, ejecución forzada, habremos definido entonces aquellos procederes que según el derecho deben ser considerados como ilícitos, precisamente porque siempre el derecho los estará sancionando y en función de esos procederes ilícitos, deduciremos simplemente por oposición, los deberes jurídicos, que serán los procederes lícitos.

15.—*El deber jurídico y las obligaciones naturales.*—Ahora razonemos conforme a las ideas de Kelsen, que ocurre en las llamadas obligaciones naturales o imperfectas, que son aquellas que no pueden imponerse coactivamente, de tal manera que si el deudor las cumple en forma voluntaria, el derecho las reconoce, admitiendo que hay una verdadera obligación y que, por lo tanto, el cumplimiento voluntario es un pago en sentido jurídico; que el deudor, por lo tanto, al pagar de manera espontánea, paga lo que debe y no tendrá derecho a exigir que se le devuelva. En cambio, si no hubiese deuda, pagaría lo indebido y tendría derecho a exigir la restitución. A su vez, el acreedor en las obligaciones naturales, tiene el derecho de recibir el pago y de disponer lícitamente de lo pagado. Como conforme a la ley, al concederle el derecho de recibir el pago, se le atribuye también el derecho de hacer suya la cosa o cantidad pagada, podrá legalmente disponer de ella; pero en estas obligaciones imperfectas o naturales, para oponerlas a las obligaciones civiles o perfectas, el acreedor no tiene el derecho de exigir coactivamente el pago; es decir, si el deudor no le pagase, no podrá demandarlo judicialmente para obtener que se le condene en una sentencia a pagar.

Sólo existe entonces, el derecho de recibir y disponer de lo pagado, pero no el derecho de exigir coactivamente el pago a través de la acción en juicio y, por lo tanto, de la ejecución forzada que se decretase en el mismo.

En una obligación perfecta, el acreedor, además de tener el derecho de recibir y disponer de lo pagado, tiene el de exigir coactivamente el pago para el caso de incumplimiento y, por tanto, se protege su derecho con una acción en juicio para que pueda demandar judicialmente el pago, obtener sentencia condenatoria y proceder a la ejecución forzada mediante el embargo de bienes, su remate o venta judicial, para así convertirlos en dinero y hacerse pago.

Según Kelsen, como las obligaciones naturales no están sancionadas coactivamente, no habrá hecho antijurídico si no fuesen pagadas. Justamente la ley permite al deudor, por decisión libre de su voluntad, pagarlas o no pagarlas. Ahora bien, si el deudor no pagase, no comete hecho antijurídico, porque no existe la sanción coactiva, porque el acreedor no podrá exigir judicialmente que se condene al deudor a pagar. Por lo tanto, según Kelsen, no puede haber deber jurídico en la obligación natural, considerado como el hecho contrario al acto antijurídico. Como no tenemos acto antijurídico que nos sirva necesariamente de base para buscar la conducta contraria, no habrá contenido del deber, porque lo primario en Kelsen es definir la conducta antijurídica y sólo una vez que la hayamos definido, conforme al derecho positivo, por estar sancionada coactivamente, tendremos materia, para a su vez, definir la conducta que es objeto del deber jurídico.

16.—*El concepto kelseniano del deber jurídico es diametralmente opuesto al tradicional.*—Justamente las ideas de Kelsen presentan un sistema contrario a toda la teoría tradicional en el derecho. Invirtió el procedimiento para definir el deber. Según la teoría tradicional, el deber es lo primario. La norma jurídica que estatuye el deber, será la norma primaria. El incumplimiento del deber, es decir, el acto antijurídico, sólo será el supuesto para que opere una norma secundaria que impondrá la consecuencia coactiva; pero esta consecuencia se consideró por la lógica del derecho, dentro de esta teoría tradicional, como secundaria, que sólo opera para el caso de que se falte al cumplimiento del deber. Tan es cierto este procedimiento, que el mismo Kelsen lo utilizó para su famosa fórmula, ya que nos dice: en determinadas condiciones un sujeto A, deberá observar cierta conducta; si no la observare, un sujeto B, órgano del Estado, le aplicará determinada coacción.

El propio Kelsen creyó necesario desde un punto de vista lógico enunciar primero el deber, definirlo antes de definir la sanción y con-

siderar que ésta es la consecuencia impuesta por el incumplimiento del deber.

Para la moral o para el mismo derecho legislado, es evidente que lo primario tiene que ser el deber. El sistema normativo se concibe entonces a base de definir conductas obligatorias; lo que debe hacerse, omitirse, o tolerarse; y vienen todas esas innumerables obligaciones de dar, hacer, no hacer o tolerar, que encontramos en todos los códigos, en todas las leyes, en todos los reglamentos. Y una vez que hayamos definido esos deberes jurídicos, que le dan contenido positivo a la conducta, vendrán las sanciones para el caso de no cumplirlos.

Pues bien, según Kelsen, estamos acostumbrados a razonar en el derecho, como razonamos en el orden moral, o como procede el teórico del derecho natural. Más aún, según nuestra propia configuración mental, no podemos pensar de otra manera que primero imponiendo deberes y luego amenazando con el castigo si no se cumplen los deberes y tan es así, que el hombre realiza este tipo de regulación normativa en todas sus manifestaciones fuera del derecho.

Kelsen no discute que esta sea la lógica que desde el punto de vista simplemente del sentido común debamos emplear para la moral, o la que utilicen los teóricos del derecho natural, o la que apliquemos en nuestras relaciones sociales, en los deberes que impone el trato social, los convencionalismos, etc.; pero insiste que desde el punto de vista jurídico, la lógica tiene que invertirse, porque pierde sentido hablar de un deber jurídico si no está sancionado; se convierte en un deber simplemente virtual, como el que ocurre en las obligaciones naturales. Y como el derecho debe estar asegurado de manera eficaz; como el derecho no es una simple regulación lógica de la conducta, en que podamos partir de ciertos principios para deducir después, racionalmente, ciertas consecuencias, sino fundamentalmente el derecho es una regulación que de no ser cumplida, de no hacerse efectiva, pone en peligro la vida misma de la sociedad, tiene una gran trascendencia que los deberes jurídicos no se definan por su propio contenido, como ocurriría con un deber moral, sino que se definan sólo como conducta contraria a los hechos antijurídicos; es decir, que los deberes jurídicos se definan sólo cuando existan sanciones y que lo primero que tendrá que establecer un legislador si quiere que el derecho que elabora sea efectivamente cumplido y garantice de una manera segura las relaciones jurídicas, es imponer sanciones coactivas para todos aquellos actos indeseables. Es decir, debe primero eliminar los actos indeseables a base de sanciones. Definir el ámbito de lo prohibido, sancionándolo. Será el campo de lo antijurídico, para de ahí deducir lo jurídico en sentido obligatorio y dar contenido a los de-

beres, sólo en tanto y cuanto sean formas de conducta impuestas como contrarias a los hechos antijurídicos.

17.—*Lo prohibido jurídicamente, sólo es lo sancionado.*—En derecho privado podríamos entender esta lógica de Kelsen, a través del principio de que todo aquello que no está prohibido, está permitido; siempre y cuando entendamos lo prohibido como lo sancionado y es que necesariamente lo prohibido, en sentido jurídico, no es aquello simplemente vedado en forma gramatical: "no harás," sino sólo lo que está sancionado. De tal manera que si consideramos que lo prohibido es todo aquello que está sancionado, los particulares tienen un gran campo de acción para lo permitido. Sólo lo que está sancionado no lo podemos hacer, y eso es lo que constituye nuestro deber. Lo que no está sancionado y, por consiguiente, está permitido, comprende la conducta jurídicamente que escapa a todo deber. Por lo tanto, para darle contenido a nuestro deber como particulares, tendremos que investigar si algo está prohibido y, además, sancionado; y en tanto que esté prohibido y sancionado, simplemente nuestro deber consistirá en no hacerlo.

18.—*La función de sancionar en el órgano supremo, no constituye un deber jurídico.*—Comprende Kelsen que el verdadero deber jurídico enunciado en sentido positivo, como deber de sancionar, sólo se impone por el ordenamiento jurídico a las autoridades, a los órganos estatales; pero, como admite que la estructura orgánica del Estado está limitada, reconoce también que llegará un momento en que el deber jurídico del último órgano sancionador, ya no podrá estar sancionado para el caso de incumplimiento, por un nuevo órgano. Esto lo dice categóricamente después de habernos explicado que hay una serie de normas sancionadoras que van imponiendo a los diferentes órganos estatales, la sanción correspondiente, según su jerarquía. Textualmente afirma: "Esta serie de normas jurídicas no pueden, sin embargo, prolongarse indefinidamente. Debe haber una última norma de la serie que establezca una sanción que ya no tenga el carácter de deber jurídico, en el sentido anteriormente definido, y la significación de esta última se expresa también diciendo, que bajo ciertas condiciones una sanción debe ser ejecutada. Entonces, el concepto de deber no coincide con el de deber jurídico".

Como por hipótesis estamos hablando del deber jurídico del órgano supremo, Kelsen se encuentra en esa disyuntiva: si afirma que es deber jurídico, tendrá que contradecirse consigo mismo; tendrá que admitir que hay un deber jurídico del órgano supremo que ya no está sancionado; que ya no consistirá en realizar una conducta consistente a su vez

en sancionar a un órgano inferior, pero bajo la amenaza de que si no lo hiciere, otro órgano lo sancionará; o bien, para no contradecirse, tendrá que optar por reconocer que ya no hay deber jurídico, a pesar de que se enfrente al problema más serio del derecho constitucional. No obstante que declare, seguramente contra toda su intuición jurídica, que las funciones de estos órganos supremos no constituyen deberes; que las obligaciones impuestas a estos órganos supremos por las leyes constitucionales que definen sus funciones, su competencia, ya no son deberes jurídicos; pero como Kelsen es sobre todo lógico, y prefiere llegar a consecuencias que incluso pongan en peligro todo el orden constitucional, antes que contradecirse, para no aceptar una sola excepción a la definición que ha propuesto, para que siempre el deber jurídico sea tal en tanto que exista una sanción que se imponga a la conducta que constituye el acto antijurídico, tendrá que declarar, muy a su pesar, que todas las funciones de todos los órganos supremos del Estado, no son constitutivas de deberes jurídicos.

No se trata, naturalmente, de sugerir otra palabra para eludir el problema y decir que simplemente son funciones jurídicas, pero que como tales no constituyen deberes. Por eso Kelsen ni siquiera recurre al artificio de eludir el problema buscando un término que simplemente quiera cubrir la fórmula. Categóricamente acepta que las obligaciones de sancionar en los órganos supremos del Estado, ya no son jurídicas, por la simple y sencilla razón de que no están sancionadas.

19.—*Crítica al concepto kelseniano del deber jurídico.*—Ahora bien, meditemos las consecuencias de esta definición del deber jurídico: Pone en peligro todo el derecho constitucional; le arrebata con un solo concepto al definir el deber, la categoría de verdadero derecho al ordenamiento jurídico fundamental de todo Estado, porque lo convierte en un sistema que sólo impone deberes jurídicos a los órganos jerarquizados, y en cuanto a los supremos, declara abiertamente que no los tienen. Pero menos mal que esta conclusión sólo se refiriese a declarar que los órganos supremos no tienen los deberes jurídicos de sancionar; habría una falla fundamental en cuanto a que dejaría de darle contenido jurídico quizá a la obligación de sancionar más importante, más trascendental, porque ya se va a referir a sancionar la conducta que tiene mayores responsabilidades en un Estado, convirtiendo al órgano supremo, en un jefe indiscutible que puede proceder en la forma arbitraria que quiera; o puede, si le place, cumplir las normas constitucionales. En efecto su conducta en las dos manifestaciones: tanto de acatamiento voluntario a las normas constitucionales (que serían, digamos, obligaciones naturales,

pero no coactivas), como de violación abierta e indiscutible a las mismas, ya no quedaría regulada por el derecho, porque no estaría sancionada. Y con la misma facilidad, dentro de la tesis de Kelsen, el Jefe del Estado puede, ser un déspota, un tirano, o bien el gobernante más convencido del deber de cumplir las normas constitucionales, no por temor a una sanción que no existe, sino porque es su función impuesta por la ley fundamental. Pero no sólo en este aspecto que ya es de gran trascendencia, falla la teoría de Kelsen, sino en este otro más importante: los órganos supremos del Estado no sólo son órganos punitivos; no estamos en un Estado primitivo en que el órgano supremo sólo sea el que castiga y que no tenga otra función, sino la de castigar. La función punitiva va perdiendo importancia en los Estados evolucionados, para no destacarla como la función principal del Jefe del Estado. Claro está que debe tenerla siempre para sancionar a los órganos más altos que se encuentran bajo su poder inmediato, para mantener la disciplina, para poder llevar a cabo una verdadera administración en donde se cumplan los servicios públicos. Pero además de esta función necesaria de sancionar que se traduce generalmente en destituir o privar del cargo; el órgano supremo tiene obligaciones primarias que no consisten en sancionar, sino en administrar, en cumplir servicios públicos, en fomentar, por ejemplo, la cultura, la educación, las comunicaciones, la salubridad pública, etc., etc. Es decir, toda la serie de funciones trascendentales del ejecutivo en cualquier Estado.

También el órgano supremo en lo judicial tiene fundamentalmente la función de juzgar conforme a derecho, y secundariamente, la de sancionar. Ahora bien, si las obligaciones primarias de administrar o de juzgar en el ejecutivo o en el judicial, las convertimos en funciones que no implicasen deberes jurídicos, de tal manera que estos órganos supremos pudiesen o no cumplir las normas constitucionales, negaríamos el Estado de Derecho y volveríamos al Estado despótico, al Estado que no reconoce ningún límite a su soberanía. Al concepto francés de poder ilimitado o ilimitable; y a la posibilidad de que los órganos supremos como órganos soberanos, puedan constituir un régimen de derecho o un régimen de arbitrariedad. A esta conclusión necesariamente se llegaría, negando el carácter de deber jurídico, a estas obligaciones primarias de los órganos supremos.

20.—*El hecho ilícito o antijurídico.*—El hecho antijurídico lo define Kelsen como la condición de la sanción jurídica. Es decir, un hecho es antijurídico o ilícito, en tanto que opere como condición para que se

produzca la consecuencia jurídica consistente en la sanción coactiva del derecho.

De esta suerte, el hecho es antijurídico por estar sancionado y no está sancionado por ser antijurídico. O expresado con otros términos: lo ilícito es ilícito, por estar sancionado; no está sancionado, por ser ilícito.

21.—*"Mala in se" y "mala prohibita"*.—En cambio, para el derecho natural se invierte el concepto de lo ilícito y se considera que lo ilícito no es tal por estar sancionado, sino que al contrario, está sancionado precisamente porque es ilícito. Esto obedece a la distinción que en derecho natural se hace de los términos *"mala in se"* y *"mala prohibita"*. Es decir, conducta mala en sí misma o conducta mala porque está prohibida. Lo malo en sí mismo para el derecho natural, que también aceptó el derecho penal tradicional, es una conducta que se califica desde un punto de vista simplemente axiológico, es decir, tomando en cuenta, no el criterio que nos da el derecho positivo, sino un concepto ideal de lo que debe ser malo y de lo que debe ser bueno, conforme a un conjunto de principios que según el intérprete, por su valoración personal, considera a unos actos como correctos y a otros como incorrectos.

Es también, por ejemplo, el concepto que aplicamos en la moral o en la religión, cuando partimos de un conjunto de principios morales o religiosos, que según nuestro criterio deben considerarse como rectores de nuestra conducta para definir lo que es malo y lo que es bueno. Y entonces pensamos que lo malo se puede calificar por ciertos atributos inherentes al acto, propios o intrínsecos del mismo, es decir, que hay un contenido específico que, según un sistema de principios, debe ser calificado como acto malo y que hay otro contenido propio que conforme al mismo sistema debe ser considerado como un acto bueno.

En el derecho natural se parte del mismo concepto. Sólo que por un criterio ideal de justicia se califica el acto malo como injusto y el acto bueno como justo. De ahí que se haga la distinción de *"mala in se"* y *"mala prohibita"* para la conducta, tomando como indiscutible un cierto patrón de justicia que nos va a servir para calificar las diferentes manifestaciones de los actos.

Ya con este criterio no podríamos decir que lo ilícito es ilícito por estar sancionado, sino precisamente lo contrario: algo está sancionado, por ser ilícito. La sanción la impondremos después de que hayamos definido primero lo que es ilícito. La operación mental que tendríamos que hacer conforme a este criterio del derecho natural, que parte, repetimos, de la distinción *"mala in se"* y *"mala prohibita"*, sería la siguiente: 1º—Calificar la conducta de mala, de ilícita, y para esta calificación

no nos vamos a servir de una sanción que todavía ni siquiera existe, sino exclusivamente, de un criterio ideal, para aprobar ciertos actos y reprobar otros. 2º—Una vez hecha esta calificación, sancionaremos por indeseables, por perjudiciales, por inconvenientes, por injustos, en una palabra, todos aquellos actos que, según nuestro criterio ideal de justicia, hemos considerado previamente como ilícitos.

Al referirse a esta distinción tradicional nos dice así Kelsen: "En la teoría penal tradicional, se establece una distinción entre *"mala in se"* y *"mala prohibita"*, es decir, entre la conducta que es mala en sí misma y aquella que tiene tal carácter, sólo en cuanto está prohibida en un orden social positivo. Esta distinción no puede ser mantenida en una teoría del derecho positivo. La distinción es el elemento típico de la doctrina del derecho natural. Procede de una suposición que no puede ser probada científicamente, según la cual ciertas formas de la conducta humana son, por su misma naturaleza, antijurídicas. Sin embargo, la pregunta sobre si cierta conducta del hombre es antijurídica, no puede ser contestada por un mero análisis de tal conducta; únicamente puede responderse sobre la base de un determinado ordenamiento legal. Una misma conducta puede ser antijurídica de acuerdo con el derecho de la comunidad A y no serlo de acuerdo con el de la comunidad B". (Kelsen, *ob. cit.*, págs. 60 y 61). Por esto Kelsen se opone a esta distinción del derecho natural. Su criterio deriva estrictamente del derecho positivo. Al efecto piensa que el jurista no puede, como el teórico de un derecho natural, considerar que es ilícito algo que es malo en sí o que conforme a sus sentimientos de justicia, a sus ideales, a sus creencias, a sus aspiraciones, y también podríamos decir, sus utopías o sueños de un derecho perfecto, cree él que debe ser ilícito. Para el jurista no hay más criterio que el que se desprende del derecho positivo, pues sólo que el mismo sancione el acto, éste será ilícito; pero si no lo sanciona, por inmoral que nos parezca, por injusto, por monstruoso, por inconveniente, por antisocial, ese hecho no será ilícito. El patrón que nos va a servir para calificar lo lícito o lo ilícito, no va a ser nuestro concepto ideal de justicia, ni tampoco un concepto que dentro de una cierta civilización, en una época dada, pudiera inspirar incluso a todos los pueblos de igual cultura, para llegar a un concepto de lo ilícito, de lo inmoral, de lo incorrecto; por ejemplo, toda la filosofía jurídica que deriva del cristianismo, indudablemente que aporta elementos de valoración para que no sólo se trate de las ideas estrictamente personales de un cierto sujeto, sino para que exista un fondo común de ideas, de sentimientos, de tradiciones y de costumbres, a través de cuyo fondo común podríamos calificar lo que es lícito o ilícito. Pero, según Kelsen, este sería un criterio

que aun cuando ya no dependiese, en cada caso, de la valoración personal o subjetiva, no estaría consagrado por el derecho positivo y puede ocurrir, como resulta de la comparación de los Códigos Penales, de los Códigos Civiles de pueblos de igual cultura, que lo que un Código sancione, otro no lo haga.

22.—*La sanción como objeto del derecho.*—Para Kelsen, la única consecuencia del derecho es la sanción coactiva. Esta consecuencia opera ante el hecho condicionante que constituye el acto antijurídico o acto ilícito; de tal manera que según la naturaleza del acto antijurídico, civil o penal, habrá una sanción, civil o penal.

23.—*Sanciones civiles y penales.*—Para el citado autor, la distinción fundamental, por consiguiente, entre el derecho civil y el derecho penal, radica exclusivamente, en la naturaleza de la sanción, y aunque reconoce que fundamentalmente, tanto las sanciones civiles como las penales coinciden en que a través del aparato coactivo del Estado, se priva un sujeto de la libertad o de sus bienes, reconoce que fundamentalmente la sanción civil sólo afecta el patrimonio, en tanto que la penal puede afectar la vida, la libertad o el patrimonio mismo.

Distingue las sanciones civiles de las penales que afectan el patrimonio, en que las primeras se imponen para beneficio exclusivo del perjudicado, es decir, del sujeto víctima del acto antijurídico civil, en tanto que las multas o sanciones penales de carácter patrimonial, se imponen en beneficio del Estado mismo, es decir, del fisco estatal; aun cuando pueden existir sanciones penales de carácter patrimonial como ocurre en nuestro derecho, que consisten en la reparación del daño en beneficio de la víctima y sólo que ésta renunciase, su importe pasará al fisco del Estado.

También hay una diferencia en cuanto al procedimiento o forma como opera la sanción civil y la penal. Para que la sanción civil se imponga al infractor, debe ser ante la acción de la víctima, es decir, ante el derecho subjetivo del perjudicado que exige la intervención del Estado a través del juicio, para que se pronuncie sentencia y en ejecución de la misma se imponga esa sanción de carácter patrimonial al que violó un determinado deber jurídico en perjuicio de un particular. Por el contrario, la acción penal procede de oficio. Es un órgano especial del Estado, el Ministerio Público, encargado de ejercitar la acción penal y sólo ante determinados delitos, esta acción penal que ejercita el Ministerio Público, podrá ponerse en movimiento por la querella de parte, es decir, por una acusación del ofendido, como ocurre, por ejemplo, en la injuria, en la

difamación, en la calumnia, en el adulterio, en el delito de abuso de confianza, etc. De todas maneras, a pesar de que se requiere la querella de parte, que viene a ser algo semejante a la acción ejercitada por el perjudicado para que se aplique la sanción civil, sólo compete al Ministerio Público ejercitar la acción penal, pero no podrá hacerlo sino después de que se haya interpuesto la querella o acusación de la víctima. La mayoría de los delitos se persiguen de oficio, es decir, no requieren querella de la víctima, y es obligación del Ministerio Público, como órgano del Estado, intentar la acción penal para la sustanciación del juicio y el pronunciamiento de la sentencia.

Reconoce Kelsen que en su origen los derechos se caracterizan, fundamentalmente, como punitivos, es decir, la primera manifestación del derecho es de carácter penal. Es ya en una evolución posterior como se impone la sanción civil y como se distingue entre el acto antijurídico de carácter civil y el acto antijurídico de carácter penal.

En un principio la sanción siempre fue de orden penal, en cuanto que afectaba, por la represión impuesta por la familia de la víctima, o por el Estado, a la libertad, o a la vida misma del infractor. Ya en una evolución posterior del derecho, se distingue entre la sanción que va a afectar el patrimonio, que no va a implicar una coacción sobre la persona, y la sanción que va directamente dirigida al sujeto infractor y que por esto se le llama sanción corporal.

El derecho romano primitivo, en las relaciones simplemente privadas entre acreedor y deudor, facultaba al primero para hacerse justicia por sí mismo ante el incumplimiento del segundo y podía someter a éste a trabajos forzados, encadenarlo, privándolo por consiguiente de su libertad y, en ocasiones, de la vida, lo que demuestra que incluso en un derecho ya evolucionado, si lo comparamos con los derechos propiamente primitivos, todavía en las relaciones de particulares, ante el incumplimiento de los deberes jurídicos, se facultaba al perjudicado, es decir, al titular del derecho subjetivo que había sido violado, para no sólo hacerse justicia por sí mismo, sino aplicar sanciones de tipo corporal.

Se requirió en el propio derecho romano una evolución que llega hasta el derecho clásico, para que por virtud de la ley poetilia, se separase la sanción penal de la civil y se prohibiere que el acreedor pudiera aplicar sanciones corporales contra el deudor.

A partir de esta ley, sólo el acreedor podía ejecutar en bienes del deudor, es decir, aplicar sanciones estrictamente civiles consistentes en proceder al embargo y, posteriormente, al remate de bienes del deudor, para hacerse pago.

Kelsen opone a la sanción penal, la sanción civil de ejecución forzada. Comprende bajo este término todas aquellas sanciones civiles específicas que permitirán, mediante una ejecución sobre el patrimonio, que la parte perjudicada por el acto antijurídico civil, obtenga una reparación.

Estas sanciones civiles de carácter especial pueden consistir en la reparación del daño ante los hechos ilícitos, en la restitución de las cosas cuando se ejercita el derecho de propiedad para reivindicarlas o cuando se ejercita un derecho real para poder recobrar la posesión de ellas.

También las sanciones civiles pueden consistir en la restitución, para el caso de que se decrete la nulidad. Generalmente opera en las nulidades un efecto restitutorio para reponer las cosas a su estado primitivo y, por consiguiente, para que el perjudicado por la nulidad, o sea, por ese acto antijurídico civil, pueda obtener la devolución de aquellos pagos, de aquellas prestaciones o bienes que transmitió a la otra parte por virtud del mismo.

También el derecho civil establece la rescisión de los contratos como otra sanción para lograr la restitución de las prestaciones. Esta rescisión opera ante el incumplimiento de sus obligaciones por un contratante lo que da derecho al otro para exigir el cumplimiento del contrato, si así le conviniere, más el pago de daños y perjuicios, o bien, su rescisión, con la devolución de las prestaciones que hubiese pagado, más el pago de daños y perjuicios.

Como se ve, estas distintas sanciones de tipo civil: reparación del daño, restitución de bienes, efectos restitutorios en la nulidad o en la rescisión y pago de daños y perjuicios, afectan siempre al patrimonio.

En ocasiones, puede la sanción consistir, no en una restitución de bienes o en una afectación de tipo patrimonial, sino en imponer coactivamente el cumplimiento del deber omitido, para que el sujeto pasivo realice la misma prestación que indebidamente no quiere realizar. Cabe que se lleve a cabo el cumplimiento como una ejecución de derecho civil, es decir, como una sanción privada, siempre y cuando no se tenga que llegar hasta la coacción sobre la persona y esto ocurrirá, desde luego en todas aquellas obligaciones de dar en las que el sujeto pasivo tenga en su patrimonio la cosa que habrá de entregar al acreedor. Por ejemplo, cuando el vendedor se niega a entregar la cosa vendida, o el depositario a restituir la cosa objeto del depósito, sin recurrir a una sanción corporal, sino simplemente a una intervención sobre su patrimonio, por la aplicación de la sanción impuesta por el Estado, se desposee al sujeto infractor de la cosa, para entregarla al sujeto activo. Es así como el comprador exige que se le ponga en posesión de la cosa que ha comprado y que su

vendedor se niega a entregarle. La ejecución simplemente se va a concretar en realizar este acto coactivo con la intervención de la fuerza pública.

En los casos en que la cosa ya no existiere en el patrimonio del deudor, hubiere perecido, la hubiere enajenado a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, quienes no podrán ser desposeídos, habrá evidentemente una imposibilidad material o jurídica para lograr el cumplimiento exacto, y entonces la sanción civil se convierte en un cumplimiento por equivalente, es decir, el sujeto activo tendrá que exigir, mediante la intervención coactiva del Estado, la reparación del daño que se le ha causado ante un incumplimiento ya definitivo de parte de su deudor, que no podrá entregar la cosa, bien porque ésta ya salió de su patrimonio y no puede lesionar a un tercero, o bien, porque la cosa ha perecido, es decir, hay un obstáculo de orden físico o material que impedirá de plano el cumplimiento.

Tratándose de obligaciones de hacer, los derechos primitivos sí permitieron la sanción corporal, que propiamente era una sanción penal, pero en el propio derecho romano, a partir de la ley poetilia, las obligaciones de hacer ya no pudieron exigirse haciendo coacción sobre la persona del deudor, sino exclusivamente, mediante un embargo de bienes para lograr el equivalente de la prestación no cumplida. Después de haberse agotado los medios de apremio, que cada derecho permita para vencer la resistencia del deudor, por ejemplo, después de haberse apremiado al deudor con multa si no realizare la prestación de hacer, el derecho moderno no admite que se haga coacción sobre su persona, sino que será condenado a pagar a un tercero que en su lugar ejecute el hecho, si ello fuere posible tratándose de prestaciones de hacer susceptibles de realizarse por otro, o bien, cuando la prestación es personalísima, que dependa de la habilidad, de los conocimientos, de las aptitudes, de las disposiciones artísticas del sujeto pasivo, sólo procederá como medio de compulsión el llevar a cabo una intervención en el patrimonio del sujeto pasivo por el embargo de bienes para proceder al remate y al pago al acreedor de una suma que será el equivalente en dinero de la prestación de hacer no cumplida.

Todas estas sanciones de tipo civil, Kelsen las engloba bajo la denominación general de ejecución forzada, para oponerlas a las sanciones de tipo penal.

24.—*Punto de vista crítico a las ideas de Kelsen respecto a la sanción como única consecuencia del derecho.*—Así como hicimos ver que dentro de los supuestos jurídicos no es verdad que sólo exista el hecho antijurídico como supuesto único del derecho que sirva para poner en

movimiento todo el sistema normativo, así también es falso que sólo en el campo de lo jurídico existan exclusivamente consecuencias coactivas; y así como consideramos anormal pensar que el derecho se pone en movimiento y opera todo el mecanismo jurídico a través del hecho antijurídico, como si fuese la energía que puede dar vida al sistema de derecho, así también afirmamos que es anormal la concepción de Kelsen cuando cree que las únicas consecuencias jurídicas deben ser las coactivas.

Es muy rico el campo del derecho para quererlo reducir sólo a las consecuencias coactivas. La gran variedad de consecuencias que se presentan en la vida jurídica normal, en las relaciones pacíficas de los hombres o de los Estados, o también en las relaciones del funcionamiento correcto del aparato que llamamos Estado, nada tienen que ver con las consecuencias coactivas que sólo operarán como correctivo ante una forma anormal de funcionamiento en la vida jurídica.

En cambio, el funcionamiento normal en las relaciones de particulares, en las relaciones de los órganos del Estado con los particulares, de los propios órganos estatales entre sí, o de los Estados en la comunidad internacional, se produce dentro de consecuencias que simplemente se manifiestan en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos o de obligaciones, y sólo cuando se introduce un elemento perturbador en este funcionamiento normal del mecanismo jurídico, es decir, cuando algo impide que conforme a derecho se produzcan las consecuencias de creación, transmisión, modificación, o extinción de las relaciones jurídicas, privadas o públicas, internas o internacionales, vendrá como correctivo para regresar a la normalidad, la consecuencia coactiva; pero tan absurdo es pensar que en el derecho sólo existen las consecuencias coactivas, como creer que los mecanismos funcionan sólo ante una descompostura en que sea necesario emplear un correctivo para corregir inmediatamente el vicio o defecto que se presente.

Todo esto es consecuencia de esa idea que Kelsen quiere imponer a todo trance; de que la esencia del derecho está en la coacción, de que la regulación jurídica por excelencia se manifiesta a través de esa intervención coactiva del Estado, afectando la vida, el patrimonio o la libertad y haciendo, por consiguiente, si necesario fuere, uso de la fuerza pública.

Parece que en Kelsen pierden todo su valor jurídico las relaciones jurídicas primarias en donde la vinculación del derecho, o en su caso la desvinculación, operan normalmente de una manera pacífica, bien porque se cumplan aquellos supuestos jurídicos inherentes a la creación de obligaciones, o porque se realicen aquellos otros supuestos jurídicos que traen consigo la modificación, la extinción o la transmisión de obligaciones.

CAPITULO V

La Cópula "Deber Ser" y la Relación Jurídica

1.—*La ley del enlace.*—La ley del enlace que rige en el mundo jurídico se distingue desde diversos puntos de vista de la ley de causalidad. Se debe a Kelsen haber señalado en sus distintas obras lo que podríamos considerar como el elemento normativo por excelencia, o sea, la cópula "deber ser" que caracteriza la estructura de la regla jurídica.

Según el enunciado kelseniano, la ley de causalidad que rige en el mundo físico se expresa de la siguiente manera: dado el antecedente A se producirá el efecto B, es decir, si A es, tiene que ser B. En cambio, la norma jurídica, por virtud de la cópula "debe ser", dice: si A es, *debe ser* B. (Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho,* Ed. Losada, Buenos Aires, págs. 48 y 49).

2.—*El proceso jurídico.*—En toda forma de relación jurídica, tanto por su naturaleza intersubjetiva-bilateral, cuanto porque en ella rige la cópula "deber ser", existe un enlace directo entre las conductas de dos sujetos de derecho que pueden hallarse en el mismo plano —particulares— o en planos diferentes —particular y Estado—; también puede existir la forma de enlace indirecto que va del supuesto como hecho simplemente natural a la interferencia intersubjetiva de dos o más conductas vinculadas por una relación jurídica.

3.—*Diversas formas de imputación.*—Afirma Kelsen, en su *Compendio de Teoría General del Estado,* que se puede imputar un hecho a otro hecho, o un hecho a una persona, como ocurre cuando referimos la pena al delito o cuando imputamos un acto jurídico a un sujeto de derecho. En ambos casos, en realidad se trata de formas de enlace de distintas conductas, pues a una cierta forma, como es el delito, se imputa otra especial forma de conducta, como es la pena, y en esta imputación sigue rigiendo la cópula "deber ser". En el segundo caso, cuando imputamos el acto jurídico a la persona, en realidad lo que hacemos es referir esa especial forma de conducta que se manifiesta en dicho acto, para incrustarla en el complejo de actos jurídicos que integran la persona como centro común de referencia respecto de todos ellos. Por esto Kelsen dice que la persona es un centro común de imputación de actos jurídicos, de deberes y de facultades, es decir, de diversas formas de conducta con contenido jurídico.

4.—*El juicio hipotético de Kelsen.*—Para Kelsen el precepto jurídico es un juicio hipotético compuesto por dos normas: la primaria que impone la pena o la ejecución forzada como consecuencias del hecho ilícito; y la secundaria que contiene el deber jurídico, a efecto de que bajo determinadas condiciones, alguien se conduzca de cierto modo. El incumplimiento de este deber enunciado en la norma jurídica secundaria, traerá como consecuencia la aplicación de la pena o de la ejecución forzada patrimonial.

5.—*El juicio disyuntivo de Cossio.*—Carlos Cossio considera que el precepto jurídico no es un juicio hipotético, sino disyuntivo, y propone denominar a la norma jurídica primaria de Kelsen, *perinorma* y a la norma jurídica secundaria, *endonorma.* También estima que la estructura del precepto jurídico no es tan simple como la ha presentado Kelsen, sino que la enuncia así: dado un hecho temporal, debe ser la prestación de alguien obligado, frente a alguien pretensor; o si no es la prestación debe ser la sanción, que aplicará un órgano del Estado, frente a la pretensión de la comunidad soberana.

6.—*Tendencia de enlace en el mundo jurídico.*—Si observamos los diferentes procesos que ocurren en el derecho, podremos comprobar que hay una tendencia a combinar o fusionar los diferentes supuestos, para unirse en procesos que constituyen verdaderos cuerpos vivos del mundo jurídico. El caso excepcional se presenta cuando se realiza un supuesto y se produce sólo una consecuencia, sin provocar posteriormente otro supuesto. La situación normal ocurre cuando sobreviene un encadenamiento de supuestos y consecuencias, de tal manera que no podemos hablar de situaciones aisladas, sino de situaciones que vienen combinándose para crear verdaderos procesos o secuelas. En estos procesos, la consecuencia vuelve a fungir de supuesto para originar una nueva consecuencia, y así sucesivamente, formando un verdadero ciclo. Llega un momento en el cual el ciclo tiene que terminar y aquí tenemos una característica diferencial entre el proceso jurídico y el proceso causal. En el ámbito de la naturaleza, el encadenamiento de causa a efecto no tiene fin; es decir, nunca podemos decir que un determinado efecto es el final. Siempre hay la posibilidad de que este efecto sea causa de un nuevo efecto, y así hasta lo infinito. En cambio, en el mundo del derecho, aun cuando se produce un fenómeno semejante, que permite el encadenamiento de supuestos y consecuencias, formando ciclos, sí llega un momento en el cual el ciclo termina, es decir, podemos hablar de una con-

secuencia final, que ya no será supuesto para originar una nueva consecuencia. Cabe por tanto distinguir en el derecho el enlace simple independiente y el enlace procesal necesario.

Existe una tendencia de enlace, aun en los supuestos normativos que desde cierto punto de vista podrían considerarse simples, pero que desde otros resultarían complejos. Por ejemplo, el contrato es un supuesto normativo simple como fuente de obligaciones. Es decir, para lograr la consecuencia jurídica de que nazca o se transmita un deber jurídico; pero en sí mismo el contrato tuvo existencia a través de una serie de supuestos, que se enlazaron para que dicha existencia fuera perfecta, es decir, con plena validez y eficacia. De esta suerte, los supuestos normativos del contrato, en cuanto a su existencia, serán tres: a) El acuerdo de voluntades (consentimiento); b) El objeto; y c) El reconocimiento de la norma respecto a las manifestaciones de voluntad de las partes. En cuanto a su validez, es decir, para la existencia perfecta del contrato, se requieren además otros supuestos: a) La capacidad de las partes; b) La observancia de ciertas formalidades; c) La ausencia de vicios en la voluntad; y d) La finalidad lícita. Sin esta serie de supuestos de existencia y validez, no existiría en forma perfecta el contrato, que a su vez será un supuesto inicial, para crear o transmitir obligaciones y derechos. Puede ocurrir que se presenten los supuestos de existencia, pero que no se observen los de validez, en cuyo caso el supuesto jurídico contrato tendrá una existencia imperfecta o irregular. El contrato estará afectado de nulidad, pero no obstante podrá servir aunque en forma irregular de supuesto normativo para ciertas consecuencias, inclusive para las de crear o transmitir obligaciones, sólo que esta eficacia podrá quedar destruida si se llega a declarar la nulidad.

Una vez creado el contrato, como supuesto jurídico condicionante del nacimiento de obligaciones, advertimos una nueva tendencia de enlace respecto al proceso que sigue la relación jurídica, en su desenvolvimiento y en su extinción. De esta suerte, toda obligación constituida debe cumplirse, bien sea en forma voluntaria o forzada. Por lo tanto, se encadenan una serie de supuestos y consecuencias, en el pago o cumplimiento de las obligaciones. A su vez, cumplida la relación jurídica, por un proceso de enlace, se extingue, ya que el pago es la consecuencia jurídica del deber, y a su vez es el supuesto condicionante de la extinción del vínculo. En el caso de incumplimiento, como se parte de una situación anormal, el proceso de enlace resulta irregular o complejo, ya que para llegar a la consecuencia jurídica que se deriva del deber, es decir, al pago, es menester iniciar un proceso normativo distinto, mediante la acción, sentencia

y ejecución forzada, que parte de supuestos también diversos, y desvía el derecho privado subjetivo del acreedor, a través del derecho público de acción, a efecto de obtener, en último análisis, la misma consecuencia jurídica, consistente en el pago, que a su vez será el supuesto condicionante de la extinción.

Por consiguiente, podemos formular el siguiente principio de fundamental importancia en el orden jurídico:

Existe una tendencia de enlace, en los supuestos jurídicos simples, para establecer un encadenamiento o proceso de los mismos.—Este enlace puede ser contingente o necesario. A su vez el supuesto jurídico puede ser simple, para una determinada consecuencia de derecho, o complejo en cuanto a su proceso de formación. (El contrato es supuesto simple como fuente de obligaciones, y complejo en cuanto a su proceso de formación).

En los supuestos jurídicos naturales se advierte también el mismo proceso de enlace, ya que la norma jurídica va encadenando o desencadenando una serie de situaciones según las consecuencias de derecho por realizar. Por ejemplo, en la herencia legítima, la muerte es el supuesto condicionante, que constituye un hecho natural, al cual se enlazan otros supuestos, naturales o hechos del hombre, que irán originando consecuencias jurídicas diversas.

En la herencia legítima, el hecho natural de la muerte como supuesto condicionante inicial, enlazado con el parentesco por consanguinidad, que constituye otro supuesto también natural, originará determinadas consecuencias respecto a la transmisión del patrimonio a los herederos, y a las porciones de éstos, en atención a su grado (otro supuesto) y a su número y concurrencia. De tal manera que necesariamente se presenta un encadenamiento de supuestos, en los casos en que hereden los parientes consanguíneos, por adopción, el cónyuge supérstite y la concubina. Pero puede no ocurrir este enlace necesario, cuando no existen los supuestos derivados del parentesco, matrimonio y concubinato, y en ese caso ante la existencia de un supuesto negativo (falta de los anteriores) se origina una consecuencia jurídica distinta, a efecto de que herede el Estado a través de la Secretaría de la Asistencia Pública.

En la herencia testamentaria, también se regula un enlace entre dos supuestos: a) La muerte, como hecho jurídico natural; y b) El testamento, como acto jurídico. La relación entre estos supuestos es necesaria, ya que si no existe testamento, no habrá sucesión testamentaria. En cambio, para la sucesión hereditaria en general, la relación no será necesaria,

sino contingente, por cuanto que a falta de sucesión testamentaria, existirá la sucesión legítima.

7.—*La relación jurídica.*—La relación jurídica consiste en la articulación funcional de los supuestos, las consecuencias, los sujetos y los objetos de derecho, constituyendo así un elemento complejo, por cuanto que la misma se constituye por un enlace o articulación de los supuestos, consecuencias, sujetos y objetos de derecho, unidos por un nexo específico del ordenamiento jurídico que denominamos: la cópula "deber ser".

Cada uno de los conceptos jurídicos que hasta ahora hemos analizado, no se presentan aislados en las situaciones concretas que regula el derecho, sino unidos por la cópula "deber ser".

"Concepto fundamental del ordenamiento jurídico es el de la relación jurídica.

Relación jurídica (textualmente, en cuanto a esta expresión, véanse los arts. 1321, 1350, n. 12) denota una relación intersubjetiva, o sea entre dos (o más) sujetos: uno (o algunos) sujeto activo y el otro (o los otros) sujeto pasivo.

Para determinar el significado específico (jurídico) de esta relación y distinguirla de las otras relaciones posibles, se puede decir que tiene como contenido una relación social, que el ordenamiento jurídico hace relevante, determinando que la relación social se eleve, precisamente, a la categoría de relación jurídica. Relevantes para el ordenamiento jurídico son las relaciones sociales, que tienen necesidad de tutela jurídica y también que son merecedoras de esta tutela, o sea, las relaciones en las cuales está en juego un interés de la vida económica, ética, política.

Por el hecho de ser jurídica, la relación queda diferenciada, respecto de las relaciones humanas, que no son jurídicas: relaciones que pueden llamarse extrajurídicas (como es, por ejemplo, la relación de compañerismo que tiene lugar entre dos personas que ejercen la misma profesión; o la que puede establecerse entre dos personas, extrañas entre sí, que realizan, en el mismo medio de transporte, un largo viaje).

La relación jurídica puede establecerse entre sujetos, pura y simplemente, o bien entre sujetos, pero con relación a un bien; a esto corresponde una distinción fundamental de las relaciones jurídicas, las cuales, por tanto, se llaman —respectivamente— personales y reales". (Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954, t. II, pág. 3).

8.—*Características de las relaciones jurídicas.*—Las relaciones jurídicas participan de todas las características de los elementos y conceptos jurídicos que las integran. Cada uno de los mismos se va reflejando en el vínculo de derecho para hacerlo partícipe de sus atributos especiales. Así es que podemos decir que la relación jurídica tiene las características de la norma de derecho; que también puede ser simple o compleja,

(solidaria o mancomunada) como ocurre con los sujetos de la propia relación; que asimismo puede consagrar una situación natural o del hombre, según que nazca de un hecho simplemente natural o de una actividad humana; también puede la relación ser de creación, transmisión, modificación o extinción, según sea la naturaleza de las consecuencias que regule.

Tomando en cuenta los diversos objetos directos e indirectos que el derecho objetivo reconoce y regula a través de los distintos tipos de relaciones jurídicas, haremos una clasificación de los mismos, siguiendo la que se formula para los derechos subjetivos. Desde este punto de vista podemos distinguir:

a) Relaciones públicas y privadas;
b) Relaciones absolutas y relativas;
c) Relaciones patrimoniales y no patrimoniales.

"Podemos dar la siguiente noción de la relación jurídica: un vínculo creado por normas jurídicas entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho que origina situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción" (Legaz y Lacambra, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 529).

Del anterior concepto se desprenden los siguientes elementos constitutivos de la relación jurídica: 1.—Un vínculo jurídico, es decir creado por normas de derecho; 2.—Dos o más sujetos, de tal suerte que toda relación sólo se constituye entre personas jurídicas y requiere por lo menos para su existencia dos de ellas, que respectivamente constituyen el sujeto activo y el sujeto pasivo; 3.—La existencia de un hecho generador de la relación o sea, según la terminología que hemos adoptado, de un hecho, acto o estado jurídicos que realicen un supuesto normativo; 4.—La creación de situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes. En este elemento se comprenden las consecuencias jurídicas a través de la bilateralidad del derecho que siempre se traduce en facultades para un sujeto pretensor y en deberes para un sujeto obligado; 5.—La existencia de uno o varios objetos jurídicos que Legaz y Lacambra hace consistir respectivamente en facultades, deberes y prestaciones garantizados jurídicamente, y 6.—La aplicabilidad de la sanción jurídica como forma que el derecho emplea para garantizar los citados deberes, facultades y prestaciones.

TITULO IV

TEORIA GENERAL DEL ACTO JURIDICO

CAPITULO I

DEFINICIÓN DEL ACTO JURÍDICO

1.—*Definición.*—El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

"La palabra 'acto' en la terminología jurídica tiene dos sentidos diferentes: designa en ocasiones una operación jurídica, correspondiendo entonces, a la palabra latina negotium; otras veces, designa un documento probatorio, destinado a demostrar alguna cosa, respondiendo en este caso, al término latino instrumentum. Una venta, una donación, un pago, una remisión de deuda, considerados en sí mismos y haciendo abstracción de su prueba, son actos jurídicos; los documentos notariales o privados en que se hacen constar tales operaciones, son actos instrumentales. Por el momento únicamente nos ocuparemos de los primeros; estudiaremos los actos instrumentales más adelante, a propósito de las pruebas". (Planiol, *Tratado Elemental de Derecho Civil,* t. I, de la traduc. del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, 1946, pág. 152).

El acto y el hecho jurídicos constituyen las formas de realización de los supuestos de derecho. El supuesto en el proceso normativo desempeña un papel semejante al de la causa en el proceso de causalidad. Sin embargo, las diferencias son notorias y ya hemos dicho que el principio de causalidad, es substituido en el orden jurídico por el de imputación.

"Un derecho nace cuando concurren todos los supuestos a los cuales el ordenamiento jurídico condiciona el nacimiento de aquél: (*Tratado de Derecho Civil.*— Enneccerus, Kipp y Wolff, t. I, v. II, pág. 1).

2.—*Hechos y actos jurídicos.*—En sentido general, la doctrina francesa habla de hechos jurídicos, comprendiendo todos aquellos acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencias de derecho. De esta suerte distingue los hechos jurídicos en estricto sentido, de los actos jurídicos. Considera que hay hecho jurídico cuando por un acontecimiento natural o por un hecho del hombre, en el que no interviene la intención de originar consecuencias de derecho, se originan, no obstante, éstas. Por otra parte, estima que hay acto jurídico, en aquellos hechos voluntarios ejecutados con la intención de realizar consecuencias de derecho, y por esto lo define como una manifestación de voluntad que se hace con la intención de originarlas.

Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954, t. II, pág. 332.

La diferencia, según la doctrina francesa, entre los hechos y los actos jurídicos, no está en la intervención del hombre, toda vez que los hechos jurídicos pueden ser naturales y del hombre, y en estos últimos existen los voluntarios, los involuntarios y los ejecutados contra la voluntad. Por lo tanto, hay hechos jurídicos voluntarios, es decir, ejecutados por el hombre, pero en ellos la voluntad no está animada de la intención de producir consecuencias de derecho; esos hechos jurídicos voluntarios pueden ser lícitos o bien, ilícitos.

Enneccerus, t. I, v. II, págs. 8 y 11.

Los hechos ilícitos son los delitos y los cuasidelitos. En los delitos existe la intención de dañar, pero no la de originar consecuencias jurídicas; por esto no son actos jurídicos.

Francesco Messineo, *ob. cit.,* t. II, pág. 322.

Los hechos voluntarios lícitos fueron llamados en el antiguo derecho francés, siguiendo a los glosadores, cuasicontratos; y expresamente el Código Napoleón acepta esta denominación. Los cuasicontratos son hechos voluntarios lícitos; se consideran como tales: la gestión de negocios, el pago de lo indebido y ciertos casos de copropiedad, en virtud de que estas situaciones implican actos del hombre, sin que haya la intención de originar consecuencias de derecho. Nuestros Códigos de 1870, 1884 y el vigente, no han empleado la denominación de cuasicontratos, sino que se han referido específicamente a la gestión de negocios y al pago de lo indebido.

Enneccerus, t. I, v. II, págs. 5, 6, 54, 60, 69 y 70.

3.—*Ideas de Duguit sobre el acto jurídico.*—Uno de los autores que más ha insistido sobre la importancia que tiene una definición correcta del acto jurídico, así como el precisar sus elementos, es León Duguit, quien hace un amplio estudio del mismo en su *Tratado de Derecho Constitucional.*

Después de que Duguit hace el análisis de los distintos momentos que existen en el acto volitivo, consistentes en la concepción, deliberación, decisión y ejecución, pasa al estudio de lo que él llama objeto inmediato, mediato y fin en el acto jurídico. Transcribimos al efecto los principales conceptos de dicho autor al respecto.

"Todo acto de voluntad tiene dos objetos: el objeto inmediato, movimiento corporal directamente querido y producido, y el objeto mediato, modificación en el mundo exterior, que no es un producto de la voluntad del sujeto, que sólo puede obrar sobre sus órganos.

"Por lo que respecta al fin determinante, es preciso no confundirlo con el objeto mediato del querer. *El fin, es el porqué se elige como principio de acción, cierta representación.*

"La definición más simple y al mismo tiempo más exacta que nos parece que pueda darse del acto jurídico es ésta: *Es acto jurídico todo acto de voluntad que interviene con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en que se produce, o tal como existirá en un momento futuro dado*". (Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel,* 2ª ed., 1921, págs. 224-232).

4.—*Análisis de la definición del acto jurídico.*—En todo acto jurídico encontramos una manifestación de voluntad, es decir, la exteriorización de un propósito que puede efectuarse por una declaración de voluntad, o bien, por actos que revelen en el sujeto la intención de llevar a cabo acciones que el derecho reconoce y a las cuales imputa determinadas consecuencias.

Pugliatti, *ob. cit.,* págs. 218 a 223.

Es importante llamar la atención de que el acto jurídico no es necesariamente una declaración de voluntad, aun cuando ésta sí constituye su forma normal; pues puede exteriorizarse la voluntad mediante actos que revelen claramente un propósito en el sujeto para producir determinadas consecuencias de derecho.

En este sentido, quedarían comprendidos como actos jurídicos todos aquellos actos que generalmente se clasifican como hechos, porque no hay manifestación declarada de la voluntad, por ejemplo: la aprehensión

de cosas sin dueño. El acto mismo de tomar posesión de una cosa sin dueño, que se ejecuta con la intención de adquirir la propiedad, aun cuando no exista manifestación declarada del sujeto para alcanzar ese resultado, es un acto jurídico y no un hecho jurídico. En la doctrina francesa, sin embargo, hay la tendencia a considerar como hechos jurídicos estas formas de manifestación de voluntad que se exteriorizan a través de acciones. En cuanto a la declaración de voluntad, que puede llevarse a cabo por cualesquiera de las manifestaciones del lenguaje, oral, escrito o mímico, debemos distinguir la manifestación recepticia y la no recepticia.

Andreas von Tuhr, *Derecho Civil, Parte General,* traduc. de Wenceslao Roces, México, 1946, págs. 89 y 90.

Es decir, aquella declaración de voluntad dirigida a otro, denominada declaración recepticia, y aquella exteriorización de voluntad que no va dirigida a otro, pero que se propone, como tal declaración unilateral, producir consecuencias de derecho. V. gr., la oferta, es una declaración recepticia de voluntad; toda oferta va dirigida a un sujeto; se le propone, por ejemplo, la celebración de un contrato. En cambio, en la llamada declaración unilateral de voluntad puede no existir una manifestación dirigida a otro sujeto. El testamento, el reconocimiento de un hijo, las obligaciones impuestas exclusivamente por acto unilateral, los gravámenes constituidos sobre los bienes propios, mediante ese acto unilateral, etc., constituyen manifestaciones no recepticias. En la definición del acto jurídico se indica que la manifestación de voluntad debe realizarse con el propósito de producir consecuencias de derecho. Generalmente se objeta este punto de vista, estimando que el autor de un acto jurídico nunca puede prever todas las consecuencias de derecho de su manifestación de voluntad, que incluso, el jurista puede, en ocasiones, no tener presentes en su conciencia, al hacer la declaración de voluntad, toda la serie de consecuencias que el derecho objetivo le imputará. En tal virtud, se considera que no puede haber manifestación encaminada a alcanzar determinadas consecuencias, si es que el sujeto no ha previsto todas y cada una de ellas, pues no podrá desear aquellas que ignore.

Von Tuhr, *ob. cit.,* págs. 91 y 92.

Como en el acto jurídico no es esencial que el sujeto sea consciente de todas las consecuencias que va a producir su declaración de voluntad, no debe entonces definirse ese acto tomando como base el deseo en el autor o la intención de producir determinados efectos de derecho.

En nuestro concepto, la objeción que se formula a la definición tradicional no es fundada, en virtud de que no se dice que necesariamente el autor del acto jurídico deba conocer todas las consecuencias que se proponga al hacer su declaración de voluntad. Simplemente se afirma que en todo acto jurídico debe haber una declaración de voluntad encaminada a producir consecuencias de derecho. Es lo único que se requiere desde el punto de vista subjetivo, o sea, que el sujeto sea consciente de que por su declaración de voluntad y en atención a la misma, se van a producir por el derecho objetivo determinadas consecuencias, pero puede ignorar todas las que seguirán a su declaración de voluntad, o proponerse consecuencias mayores o menores de aquellas que la ley reconozca, de tal manera que la ley operando sobre una declaración inicial, después admita una serie de efectos que el autor del acto no pudo prever.

Puede también la norma jurídica nulificar parte de las consecuencias que se proponga el autor del acto y reconocer otras. Puede por último, aceptarse que la declaración de voluntad quede subordinada a condiciones que imponga el autor del acto jurídico, o bien, la ley puede desconocer tales condiciones. Tal es el caso de los testamentos. No obstante que un precepto general dispone que el testador puede imponer libremente condiciones a herederos y legatarios, después se van enumerando cuáles son las condiciones que se tienen por no puestas, cuáles son aquellas que se tienen por válidas y cuáles las que se tienen por nulas. Es decir, la declaración de voluntad no tiene siempre una correspondencia exacta en cuanto a las consecuencias que produzca o que pretenda producir, pero lo esencial para distinguir el acto del hecho jurídicos está en que el autor del acto jurídico se propone, por su declaración, realizar algunas consecuencias de derecho. Si no hay tal intención estaremos en presencia de un hecho jurídico, y este es, precisamente el segundo tema que pasamos a investigar.

5.—*Diferencia entre el hecho y el acto jurídicos.*—El hecho jurídico puede ser natural o del hombre. No hay problema alguno de diferenciación entre los hechos naturales y los actos jurídicos. En los hechos naturales siempre partimos de un fenómeno de la naturaleza relacionado o no con el hombre. Por ejemplo, el nacimiento o el aluvión. En uno o en otro caso no podemos encontrar puntos de contacto con el acto jurídico en el que necesariamente debe haber una manifestación de voluntad. En los hechos del hombre tenemos los involuntarios, los ejecutados contra la voluntad y los voluntarios. Sólo éstos tienen aspectos semejantes con los actos jurídicos.

Basta decir que el hecho es involuntario o contra la voluntad, para que tampoco se le pueda confundir con el acto jurídico que por definición debe ser un fenómeno voluntario; pero en cambio, entre los hechos voluntarios y los actos jurídicos sí ya encontramos un punto esencial de contacto, pues en ambos casos se realiza ese fenómeno volitivo.

En el hecho voluntario, si es cierto que interviene la voluntad, no existe la intención de producir consecuencias de derecho. Puede ejecutarse el acto de manera espontánea; el derecho le dará determinadas consecuencias, pero éstas no son deseadas por aquél que realiza el hecho jurídico.

Nuestras leyes en este sentido han seguido a la terminología francesa que distingue con claridad los hechos voluntarios de los actos jurídicos.

Sin embargo, debemos advertir que no es uniforme en la doctrina jurídica, principalmente en la italiana y en la alemana, esta distinción.

CAPITULO II

Elementos Esenciales del Acto Jurídico

1.—*Enumeración y definición de los elementos esenciales.*—Tres son los elementos esenciales del acto jurídico:

a) Una manifestación de voluntad que puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se exterioriza por el lenguaje: oral, escrito o mímico. Es tácita, cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito, aunque el autor del acto jurídico no exteriorice su voluntad a través del lenguaje.

b) Un objeto física y judicialmente posible. En los actos jurídicos debemos distinguir un objeto directo y en ocasiones un objeto indirecto. El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. La definición del acto jurídico revela su objeto, por esto decimos que es una manifestación de voluntad con el objeto de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

Hay también un objeto indirecto; pero éste no se presenta en la totalidad de los actos jurídicos; es sobre todo en los contratos y en los convenios en donde lo encontramos. El objeto directo en los convenios es crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones y el indirecto consistente en la cosa o en el hecho materia del convenio. De tal

manera que un contrato crea obligaciones que pueden ser de dar, hacer o no hacer, y así cada obligación tiene su objeto. Este objeto directo de las obligaciones es el objeto indirecto del contrato. Las consecuencias del contrato de compraventa, por ejemplo, recaen sobre una cosa que constituye el objeto indirecto del contrato y de la obligación creada por el mismo. Sobre este particular debe decirse que propiamente las cosas o los hechos, son objetos indirectos de las obligaciones y, por consiguiente, de los contratos, en tanto que se refieren a formas de conducta.

(c) El reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto) Si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparadas por el ordenamiento. Si todas las manifestaciones fueren amparadas por el ordenamiento jurídico, el derecho estaría al servicio de los caprichos de los particulares.

2.—*Inexistencia del acto jurídico.*—Los tres elementos se denominan esenciales o de existencia, porque sin ellos no existe el acto jurídico. También se les llama elementos de definición. Cuando en un acto jurídico falta uno de esos elementos, decimos que el acto jurídico es inexistente para el derecho, es la nada jurídica.

De manera que la inexistencia se produce por falta de voluntad en el acto unilateral o por falta de consentimiento en el acto plurilateral. El consentimiento es el acuerdo de voluntades. Si las voluntades no se ponen de acuerdo no llega a formarse el contrato.

Es inexistente también el acto jurídico por falta de objeto, el cual puede ser imposible desde el punto de vista físico o jurídico y esta imposibilidad del objeto equivale a la no existencia del mismo. Se dice que hay imposibilidad física cuando el objeto jamás se podrá realizar, en virtud de que una ley de la naturaleza constituye un obstáculo insuperable para su realización. Por ejemplo: el contrato de transporte al sol. No sería posible su realización por los medios que actualmente conoce la ciencia.

Pero hemos dicho que el objeto puede también ser imposible en sentido jurídico; físicamente puede realizarse, pero una norma jurídica impide su realización de manera absoluta. Por ejemplo: en materia de bienes de uso común nadie puede convertirse en propietario de una calle, por lo tanto, no la podría vender o gravar.

Hay una tercera forma de inexistencia cuando la normas de derecho no reconocen ningún efecto a la manifestación de la voluntad.

3.—*Reconocimiento en el Código Civil vigente de la noción de inexistencia del acto jurídico.*—En el Código Civil tenemos enunciados los elementos esenciales del acto jurídico. Sigue el Código el método de aplicar a todos los actos jurídicos, las reglas de los contratos, pero siempre y cuando no contraríen la naturaleza de los mismos o no haya disposición especial que lo impida. El artículo que establece la inexistencia de los actos jurídicos es el número 2224: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno". Aquí el legislador emplea un lenguaje impropio, porque debe decir por falta de voluntad, pues el consentimiento sólo se presenta en los actos plurilaterales. Para enunciar mejor el principio, podemos decir que el acto jurídico es inexistente por falta de voluntad o de objeto, comprendiendo tanto la falta total del mismo, como su imposibilidad física o jurídica.

Planiol, *ob. cit.*, t. I, pág. 154.

En los contratos se aplica la teoría de la inexistencia. Se mencionan en el Código los elementos esenciales consistentes en el consentimiento o acuerdo de voluntades y en el objeto que puede ser directo o indirecto. La falta de consentimiento o de objeto producirá la inexistencia del contrato. Dice el artículo 1794 del Código Civil que para existencia del contrato se requiere: I.—Consentimiento. II.—Objeto que pueda ser materia del contrato. Es decir, objeto que pueda ser posible tanto en sentido físico como jurídico.

Un acto jurídico inexistente no puede producir efectos como acto jurídico, pero sí como hecho jurídico. La inexistencia en los actos jurídicos impide que éstos produzcan efectos de derecho o sea, que un acto jurídico como tal pueda producir efectos.

Tiene gran interés hacer esta distinción, porque aquellos que no aceptan la teoría de la inexistencia dicen que el llamado acto jurídico inexistente, sí produce ciertos efectos. Quienes así piensan no toman en cuenta que estos efectos no se producen por el acto, sino por el hecho. En ocasiones, no hay ni siquiera un hecho jurídico en la inexistencia, es decir, no se produce ningún supuesto, ni como acto ni como hecho. Por esto la inexistencia se caracteriza como una ineficacia total o falta absoluta de efectos jurídicos. El acto jurídico inexistente jamás puede producir consecuencias de derecho, existe como simple hecho.

4.—*Características de la inexistencia.*—Las razones que se dan para caracterizar a la inexistencia en sus tres aspectos: oponible por cualquier interesado, imprescriptible e inconfirmable, son las siguientes:

1ª—Como la inexistencia es la nada jurídicamente hablando, es evidente que todo aquel a quien se oponga un acto inexistente tiene un interés jurídico para invocar la inexistencia y pedir que no surta efectos aquel acto. Se requiere que haya interés jurídico para invocar la inexistencia, porque no cualquiera a quien no lesione el acto inexistente, está facultado para invocarla.

2ª—Una segunda característica de la inexistencia consiste en que no puede surtir efectos por la prescripción; es decir, el tiempo no puede convalidar el acto jurídico inexistente por una razón obvia; si el acto no es, desde el punto de vista jurídico, capaz de producir efectos; si no existe tal acto jurídico, si es la nada, entonces el tiempo no puede convertir la nada en acto jurídico.

3ª—Por último, el acto jurídico inexistente es inconformable; no puede ser convalidado por ratificación expresa o tácita. La ratificación, en sentido jurídico, significa que cuando un acto está viciado, las partes pueden confirmarlo, renunciando a la acción, para que produzca efectos desde que se celebró y no desde que se ratificó. Esta es la finalidad de la ratificación. Si la finalidad fuera que el acto produjera sus efectos a partir del momento de la ratificación, bastaría con otorgar un nuevo acto y no se alcanzaría la utilidad que desde el punto de vista jurídico existe al convalidar retroactivamente.

En la inexistencia no puede haber ratificación, primero porque no se trata de un vicio; después, porque no puede ratificarse la nada; en tercer lugar, porque tampoco podrá lograrse el efecto retroactivo, supuesto que si el acto es la nada desde el punto de vista jurídico, sería un hecho contrario a la realidad declarar que aquel acto inexistente produjo efectos cuando era inexistente.

5.—*La inexistencia en los Códigos.*—Estas características de la inexistencia están reconocidas en nuestro derecho positivo en forma expresa, por el Código Civil vigente. En los códigos de 1870 y de 1884, siguiendo en este aspecto al Código francés, no se reglamentaba la inexistencia, y es porque los autores clásicos decían que la inexistencia es algo que domina los textos legales, que no tiene el legislador para qué definirla o declararla; que se impone al juez porque si el legislador en cada caso dice cuáles son los elementos esenciales para que un acto jurídico exista, evidentemente que si faltan esos elementos esenciales el acto será inexistente aunque no lo declare expresamente.

Esto originó una gran confusión en el derecho francés, así como en todos aquellos códigos que siguiendo al de Napoleón, no establecieron la definición de inexistencia para distinguirla de la nulidad y aunque

el Código francés no habla de inexistencia, al tratar de la nulidad comprende algunos casos que son de inexistencia e introduce con esto un desorden técnico que en parte por la tradición, y en parte por la discusión habida para calificar ciertos actos como afectados de inexistencia o de nulidad de pleno derecho, vino a ser muy perjudicial en las legislaciones que posteriormente lo imitaron.

Tenemos, por ejemplo, en nuestros códigos de 1870 y de 1884 que se confunden la inexistencia con la nulidad, y al hablar de los elementos del contrato se mezclan elementos de existencia y de validez, como si fueran de la misma categoría y como si produjeran la misma ineficacia, y así se dice, siguiendo al Código francés, que son elementos de validez del contrato el mutuo consentimiento, el objeto, la capacidad y la forma en algunos casos en que la exige la ley.

Existen aquí dos elementos esenciales indebidamente clasificados como de validez, tanto en el Código francés como en nuestros códigos de 1870 y 1884; el mutuo consentimiento y el objeto. Estos dos elementos se consideraban de igual categoría que la capacidad y la forma, que son elementos de validez y que originan la nulidad en el caso de inobservancia.

Ya en el código en vigor se ha considerado conveniente definir la inexistencia y establecer una clasificación correcta de los elementos esenciales y de validez. Se declara que el acto jurídico puede ser inexistente por falta de voluntad o de objeto que pueda ser materia de él, y esto es una regla no sólo para los contratos, sino para todos los actos jurídicos, aplicable, por lo tanto, a los testamentos, al matrimonio, etc.

Después, tratándose de los contratos, se estatuye por una parte los elementos esenciales: consentimiento y objeto y, por otra, los elementos de validez: capacidad, forma, finalidad lícita y ausencia de vicios. En el capítulo consagrado a la inexistencia y nulidad se determinan las características de la primera, o sea que puede ser invocada por todo el que tenga interés y no desaparece por la confirmación ni por la prescripción.

6.—*Teoría de Bonnecase sobre la inexistencia y la nulidad.*—La teoría clásica de la inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, ha sido en la actualidad modificada por Bonnecase en un aspecto muy interesante. Para nosotros presenta mayor relieve si se toma en cuenta que el Código Civil de 1928 ha definido la nulidad absoluta y la relativa casi en los términos textuales en que lo hace Bonnecase.

Este sigue siendo partidario de la escuela clásica en cuanto a la necesidad de admitir una clasificación para diferenciar en forma radical la inexistencia de la nulidad.

Dice Bonnecase que la diferencia esencial es entre inexistencia y nulidad; que propiamente ésta es la clasificación que debe hacerse: que en cuanto a la nulidad, es cierto que hay características distintivas en la relativa y en la absoluta, pero que no son las que la escuela clásica ha fijado en una forma de oposición, de tal manera que la nulidad relativa deba tener especificaciones contrarias a la absoluta, es decir, ser prescriptible, sólo poder invocarse por el directamente perjudicado y desaparecer por la confirmación del acto, pues existen casos de nulidad en los que no se presentan estas tres características, sino sólo dos o una de ellas, v. gr.: el acto es susceptible de impugnarse por todo interesado y la acción es imprescriptible, pero sí puede ratificarse, entonces opina Bonnecase que debe clasificarse a esta nulidad como relativa.

Cuando se presentan todas las características clásicas de la nulidad relativa no hay problema; pero la nulidad absoluta es de tal manera rígida en cuanto a su naturaleza, que si no se cumplen todas las características, podríamos decir que el legislador no ha considerado que la ilicitud sea de tal importancia que lesione intereses generales; sino que más bien ha aceptado que se trata de una lesión de intereses particulares y que, por lo tanto, debe clasificarse como relativa.

Fuera de esta modificación que propone Bonnecase a la tesis clásica, considera que el criterio es bien fundado para oponer la inexistencia a la nulidad; que debe abandonarse definitivamente lo que se ha llamado punto de vista histórico, para substituirlo por el punto de vista orgánico, como lo denomina el autor citado. El punto de vista histórico es falso.

En cuanto a la solemnidad, dice Bonnecase que en Francia se han reconocido actos solemnes, y nosotros debemos decir que también en nuestro derecho, en algunas ocasiones, la forma es elevada a la categoría de elemento esencial y entonces se llama "solemnidad".

Algunos actos del registro civil son actos jurídicos solemnes. En cambio, todos los contratos y los convenios son actos jurídicos formales o consensuales.

En el artículo 2228 se habla de la solemnidad, de manera que cuando es establecida por la ley, y no se observa, ya no produce la nulidad relativa ni tampoco la absoluta, sino que se origina la inexistencia.

7.—*La nulidad.*—El Código vigente regula la nulidad absoluta y la relativa. En el artículo 2225 ya no se dice que la nulidad absoluta tiene por regla general, como causa, el hecho ilícito, sino que: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley". Aquí tenemos una solución muy interesante que da nuestro derecho a este problema. No siem-

pre es el acto ilícito la causa de la nulidad absoluta; hay ocasiones en que el acto ilícito origina la nulidad relativa, y la solución la da nuestro derecho en esta forma: El criterio es distinto para el legislador que para el juez. El legislador soberanamente establece cuando el acto ilícito está afectado de nulidad absoluta o de relativa.

El legislador toma en cuenta la causa para clasificar la nulidad y fijar sus características. Si la causa es un hecho ilícito, le da las características de la nulidad absoluta, y excepcionalmente puede darle alguna de la relativa, con lo que entonces el acto se presenta como afectado de dicha nulidad.

En cuanto a la nulidad relativa, el legislador toma también en cuenta las causas: falta de forma, incapacidad o vicios de la voluntad, y entonces fija las características de la misma.

El artículo 2228 del Código Civil vigente, estatuye: "La falta de forma establecida por la ley, *si no se trata de actos solemnes,* así como el error, dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualesquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

Dice el Art. 2226: "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción".

A su vez el 2227 estatuye: "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos".

Acepta, por consiguiente, nuestro Código, que en aquellos casos en que el legislador prive de plano al acto de efectos, no será necesario intentar una acción, porque la nulidad absoluta en ese caso funciona de pleno derecho, por ministerio de la ley. En los demás casos, cuando la ley no priva de plano de sus efectos al acto, aunque se trate de nulidad absoluta, sí debe intentarse la acción.

En cambio, en la nulidad relativa, si una parte confiesa haber captado la voluntad de la otra por error, dolo o violencia, pero no se ha intentado la acción, el juez no puede declararla aunque de hecho esté plenamente probada, pues es necesario intentar la acción.

CAPITULO III

De la Inexistencia y de la Nulidad en el Derecho Mexicano

1.—*Radical diferencia entre la inexistencia y la nulidad en nuestro derecho.*—Pasaremos desde luego a establecer la radical diferencia que existe en derecho mexicano, entre inexistencia y nulidad de los actos jurídicos. Para ello es imprescindible que partamos de la definición del acto jurídico. El concepto más simple y quizá el más exacto que pueda darse del acto jurídico es el siguiente: todo acto jurídico es una manifestación de voluntad que tiene por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. De esta definición se desprenden los elementos esenciales del acto. Todo acto implica una manifestación de voluntad. Este elemento psicológico, es constitutivo del acto, imprescindible. Sin manifestación de voluntad, expresa o tácita, no puede haber acto jurídico; pero no cualquier manifestación de voluntad, sino aquella que se propone un objeto jurídico. Y aquí tenemos el segundo elemento esencial del acto. El objeto jurídico consistirá, dentro de una clasificación lógica posible, en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones, o en otras palabras, en producir consecuencias de derecho. No podrá concebirse el acto jurídico faltando el elemento intencional, subjetivo, psicológico, de externar, de exteriorizar una voluntad, o bien el elemento objetivo: que aquella voluntad tenga como fin, como propósito, como objeto, producir consecuencias de derecho. Al lado de estos elementos esenciales del acto jurídico: manifestación de voluntad y objeto, tenemos elementos de validez del acto, que le vienen a dar una existencia perfecta y en ausencia de los cuales el acto existe, pero de manera imperfecta: es un acto nulo, pues la nulidad es la existencia imperfecta de los actos jurídicos. Hecha esta breve mención de los elementos esenciales y de validez de todo acto jurídico, podemos sostener que en tanto que la validez es la existencia perfecta del acto, la nulidad es la existencia imperfecta del mismo, y que todo acto nulo es un acto existente; que habrá, por consiguiente, una contradicción, no simplemente de derecho positivo, sino de tipo lógico, en quien afirme que un acto es a la vez inexistente y nulo, porque quien afirme que el acto es nulo, está diciendo en otras palabras que es un acto existente; pero que tiene una existencia imperfecta. Los actos nulos, por consiguiente, son siempre actos existen-

tes. No habrá posibilidad ya de confundir ni la nulidad absoluta, ni aquella nulidad absoluta de pleno derecho que opera *ipso jure,* ni menos aún la nulidad relativa, con la inexistencia. Clasificaremos, por consiguiente, los actos existentes en nuestro derecho, distinguiendo dos tipos de existencia: 1a.—Existencia perfecta, denominada validez; 2a.—Existencia imperfecta, denominada nulidad. Y en esta existencia imperfecta tenemos grados, diferentes formas de ineficacia del acto, desde la ineficacia absoluta en la nulidad de pleno derecho que opera por ministerio de la ley, que no requiere ser ejercitada por vía de acción o de excepción, que el juez debe tomarla en cuenta de oficio, que cumplidos sus requisitos para declararla, el juez tiene siempre el deber de registrarla en su fallo, de establecerla, aun cuando no se haga valer por acción o por excepción; o la nulidad absoluta que requiere declaración judicial y que lógicamente debe ser hecha valer por acción o por excepción; o bien la nulidad relativa que siempre produce efectos provisionales y que sólo serán destruidos cuando se pronuncie por el juez la sentencia de nulidad. Todos estos grados, todas estas formas de la nulidad o de la ineficacia, pertenecen a la categoría de actos existentes, pero que presentan una existencia imperfecta. En cambio, lo que en derecho se llama inexistencia del acto, supone el acto en vías de formación, supone que hubo una posibilidad de que el acto jurídico llegase a nacer. Sólo tiene sentido hablar de la existencia del acto jurídico, no para referirnos a la nada absoluta, pues algo existe, que el derecho califica de acto jurídico inexistente, en tanto que no llegó a cuajar como tal, porque en su proceso de formación faltó un elemento esencial. Bien sea porque la voluntad no llegó a formarse como lo requiere la ley, o porque el objeto del acto resulte física o jurídicamente imposible; pero en ambos casos, por falta de voluntad o por falta de objeto, estamos en presencia del acto inexistente, que es la nada jurídica, pero no la nada absoluta. Es decir, no es que no haya habido nada; esto no tendría sentido en derecho, hubo, por ejemplo, un error-obstáculo que impide la formación del consentimiento en el contrato, bien un error respecto a la naturaleza del acto jurídico o un error respecto a la identidad del objeto. No se formó el consentimiento, pero un acto jurídico estuvo en proceso de formación. No llegó a constituirse. Habrá entonces una radical diferencia también entre la inexistencia y la nulidad, tomando en cuenta las causas de una y de otra. En tanto que la inexistencia de los actos jurídicos, tiene siempre como causa la falta de un elemento esencial: la falta de voluntad o de objeto, directo o indirecto del acto jurídico; la nulidad sea absoluta o relativa, sea de pleno derecho u opere por declaración judicial, previa acción o excepción, siempre supone que el acto jurídico tiene sus elementos esenciales; que ha

habido una voluntad y un objeto posible; pero un vicio ha impedido que el acto nazca a la vida jurídica con una existencia perfecta, que le dé la plenitud de todos sus efectos y ese vicio impedirá de plano que haya efectos; o traerá como consecuencia que sólo existan efectos provisionales que serán destruidos hasta que se pronuncie la sentencia de nulidad; podrá ser ese vicio susceptible de desaparecer por el tiempo, es decir, la prescripción negativa convalidará el acto o el vicio no desaparecerá a través del tiempo. Podrá esa nulidad ser imprescriptible, pero lo esencial será siempre que el acto tuvo sus elementos para poder existir y sólo presentará una irregularidad. Podemos decir que la nulidad es la enfermedad del acto jurídico y toda enfermedad supone la existencia del ser. No es la muerte del acto jurídico, ni menos aún es la no existencia del acto jurídico, es simplemente una irregularidad del acto. Estamos hablando para el derecho mexicano, porque en esta materia, inexistencia y nulidad en derecho francés, en derecho italiano, en derecho español, en casi todo el derecho latinoamericano, se presentan como un concepto polémico, como un concepto discutible, como algo en que los juristas no se ponen de acuerdo, susceptible de confundir inexistencia con nulidad absoluta o en ocasiones, inexistencia con nulidad de pleno derecho. Pero en México, ni en la doctrina, ni en el ejercicio profesional, ni en la actividad de los tribunales, podemos desconocer las normas del derecho positivo, del derecho vigente, que no autorizan por ningún concepto, desde un punto de vista simplemente teórico, a confundir inexistencia con nulidad.

2.—*Inexistencia por falta de voluntad en el acto jurídico.*—Es fácil presentar casos de inexistencia en los contratos o en los convenios por falta de consentimiento, porque podremos siempre acudir a los ejemplos que ya mencionamos, relativos al error-obstáculo que impide el acuerdo de voluntades, bien sobre la naturaleza jurídica del contrato o sobre la identidad del objeto; pero creemos que la inexistencia no sólo debe referirse como expresamente la reconoce el Código Civil, al caso de falta de consentimiento. El artículo sobre el particular dice así: 1794.—Para la existencia del contrato se requiere: 1º—Consentimiento. 2º—Objeto que pueda ser materia del contrato. Y si relacionamos este precepto con el artículo 2224, será inexistente el contrato cuando no llegue a formarse el acuerdo de voluntades; y ese acuerdo de voluntades no existirá, evidentemente, en los casos de error-obstáculo o error de primer grado, para diferenciarlos del error-nulidad o error de segundo grado, que recae sólo sobre el motivo determinante de la voluntad, pero que no impide la formación del consentimiento. Además de estos casos evidentes en los actos

jurídicos plurilaterales en general, creemos que podemos sostener la inexistencia de los actos jurídicos unilaterales o de los actos jurídicos plurilaterales, por causas diversas del error obstáculo. Si simplemente tomamos el texto del Art. 2224, será jurídico sostener que siempre que se pruebe plenamente que no pudo existir la voluntad en un acto jurídico, cualquiera que él sea, ese acto será inexistente. Es verdad que el Código no distingue, por ejemplo, tratándose de los menores, límite en la edad; que sólo nos habla de sujetos con incapacidad de ejercicio; pero hay una verdad evidente. En tanto que en el joven de 20 años sí hay una voluntad, aunque viciada para el acto jurídico; en el niño de 5 años, en el niño de 7 años, no habrá una voluntad capaz de poder formar el acto jurídico. ¿Sería posible sostener que el obsequio que haga de una alhaja el menor de 5 años, es una verdadera donación? ¿Qué es simplemente una donación afectada de nulidad relativa, porque se trata de un menor de edad? Creemos que esto sería simplemente absurdo. En derecho, el infante no tiene voluntad para poder formar el acto jurídico, como tampoco el enajenado mental, si la enajenación mental es absoluta. Si los peritos coinciden en que no pudo expresarse una voluntad, en que el enajenado simplemente actuó por actos inconscientes, por simples reflejos. No podríamos admitir que estos actos realizados por sujetos que padezcan enajenación mental absoluta, sean actos con existencia jurídica y simplemente afectados de una nulidad relativa.

3.—*Inexistencia por falta de objeto.*—La inexistencia por falta de objeto merece para su desarrollo un análisis especial, simplemente por ahora diremos (dado el estudio muy elemental que se hace en este "Compendio de Derecho Civil") que esta inexistencia puede resultar, porque falte el objeto indirecto del acto jurídico: la cosa o el hecho especialmente en los contratos o en los testamentos cuando se refiere a los legados; o porque la cosa o el hecho resulten físicamente imposibles, bien porque la cosa no exista ni pueda existir en la naturaleza o porque el hecho no pueda realizarse, debido a que una ley natural presente un obstáculo insuperable. Además de estos casos de inexistencia por falta de objeto u objeto imposible en sentido físico o jurídico, creemos que deben destacarse con el auxilio del artículo 2224 de nuestro Código Civil, los casos de inexistencia por objeto directo jurídicamente imposible, es decir, porque la norma de derecho venga a ser el obstáculo insuperable para que el acto jurídico sea patrimonial, sea de derecho familiar, tenga o no contenido económico, pueda realizar su finalidad jurídica. Es decir, si hay una norma que impide, por ejemplo, que el derecho sea transmisible, un acto de transmisión, un contrato referido a tal derecho, tendrá un objeto directo

jurídicamente imposible. Si se pretende ceder el derecho de uso o de habitación, que son derechos instransmisibles, una norma jurídica constituirá el obstáculo insuperable que impedirá de plano que pueda existir ese acto jurídico.

CAPITULO IV

Elementos de Validez del Acto Jurídico

1.—*Definiciones.*—Son elementos de validez de los actos jurídicos, los siguientes: 1º Que el acto tenga un fin, motivo, objeto y condición lícitos. Llamamos a este elemento *licitud* del acto jurídico. 2º Que la voluntad se exteriorice de acuerdo con las formas legales. Este elemento se denomina *formalidad* del acto jurídico. 3º Que la voluntad se exprese sin vicio alguno (error, dolo, violencia o lesión), es decir que sea una voluntad libre y cierta. Este elemento se expresa en forma negativa indicando simplemente que haya ausencia de vicios en la voluntad. 4º Que la voluntad se otorgue por persona capaz. Se llama a este elemento *capacidad* en el acto jurídico. Cuando no se cumple el primer elemento, es decir, cuando hay ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, se presenta generalmente la nulidad absoluta, pero puede ser relativa por disposición de la ley. Cuando no se observan los otros tres requisitos: formalidad, ausencia de vicios y capacidad, existe una nulidad relativa en el acto jurídico. Analizaremos, por consiguiente, con detenimiento, estos diferentes casos de nulidad.

Para una mejor información sobre los elementos de validez del acto jurídico, conviene consultar el tomo III de esta obra.

Enneccerus, t. I, v. II, pág. 91.

2.—*Validez.*—Los actos jurídicos existentes pueden tener una existencia perfecta y entonces se denominan actos *válidos*. La validez, por consiguiente, la definimos como la existencia perfecta del acto, por reunir éste sus elementos esenciales y no tener ningún vicio interno o externo. Puede existir el acto jurídico, pero padecer de alguno de los vicios que hemos indicado, o sea, ser ilícito, no observar la forma legal, otorgarse por persona incapaz o bien existir error, dolo o violencia en la manifestación de voluntad. En estos casos el acto tiene una existencia imperfecta que denominamos *nulidad*. La nulidad, por consiguiente, se define como la existencia imperfecta de los actos jurídicos por padecer éstos de algún

vicio en su formación. De este sencillo análisis concluimos que no puede confundirse la nulidad con la inexistencia. Sólo son nulos los actos que existen pero que padecen de un vicio. De manera que jamás un acto puede ser al propio tiempo nulo e inexistente, *porque no puede ser existente e inexistente a la vez. Por lo que en el derecho civil mexicano será un grave error confundir la nulidad con la inexistencia.*

3.—*Licitud en el acto jurídico.*—El primer elemento supone la licitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, es decir, los actos necesitan ser lícitos en todas sus manifestaciones para que el derecho los ampare y les dé consecuencias jurídicas.

Planiol, t. I, pág. 160.

Hemos definido la ilicitud en el acto diciendo que ésta existe cuando el acto va en contra de las leyes del orden público o de las buenas costumbres. El artículo 1830 del Código Civil así define la ilicitud en los actos jurídicos. Dice este precepto textualmente: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

Planiol, t. I, pág. 162.

4.—*Hechos y actos ilícitos.*—En el hecho jurídico la ilicitud se presenta cuando se procede con dolo o culpa, que en el derecho significa esta última proceder con negligencia, descuido, falta de previsión o de cuidado; hay, por consiguiente, hechos ilícitos dolosos y hechos ilícitos culposos.

En el hecho ilícito doloso la intención de dañar es la que caracteriza la ilicitud; en el hecho ilícito culposo, la negligencia, falta de previsión o de cuidado es la que le da carácter ilícito. En cambio, en el acto jurídico ilícito el autor del acto debe proponerse un objeto o fin contrarios a las leyes del orden público o a las buenas costumbres. En este sentido, tomando el Código como base la reglamentación del contrato, dice el artículo 1795: "El contrato puede ser invalidado: I.—Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II.—Por vicios del consentimiento; III.—Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito; IV.—Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece". En el artículo 1831 se dispone: "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres", precepto que también aplicamos a los actos jurídicos.

Enneccerus, t. I, v. II, págs. 298 a 312.

El artículo 1859 indica que "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos". Sólo habrá que investigar en cada caso concreto si la naturaleza del acto se opone a que se apliquen las reglas de los contratos. La ley no puede proteger los actos que vayan en contra de las leyes de orden público o de las buenas costumbres. El mismo artículo 8º consagra con otras palabras esta misma idea: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario". También el artículo 2225 completa la idea al prescribir: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley".

Planiol, t. I, pág. 161.

5.—*Nulidad absoluta.*—La nulidad absoluta en la doctrina clásica francesa, que inspiró a nuestros códigos, es aquella sanción que se estatuye en contra de los actos jurídicos ilícitos para privarlos de efectos. Esta nulidad se caracteriza: 1º porque todo aquel que resulte perjudicado puede pedir que se declare; 2º porque es imprescriptible, es decir, en todo tiempo puede pedirse, y 3º porque es inconfirmable, es decir, la ratificación expresa o tácita del autor o autores de un acto ilícito no puede darle validez.

La nulidad absoluta tiene como otra característica, en nuestro derecho, la de que produce por regla general efectos provisionales que quedarán destruidos por sentencia cuando se declare la nulidad. Esta es la regla general que tiene excepciones en la propia ley. Simplemente decimos: los actos jurídicos ilícitos que están afectados de nulidad absoluta, por regla general producen efectos provisionales. Se necesita de una sentencia que declare la nulidad; pronunciada ésta, el acto jurídico no puede ya seguir produciendo efectos y los que produjo se destruyen, es decir, la nulidad opera retroactivamente para que aquellos efectos de carácter provisional queden sin valor alguno. Dice el artículo 2226: "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción". Excepcionalmente la ley puede determinar que un acto ilícito no produzca efecto alguno, es decir, ni siquiera efectos provisionales, tal ocurre en el juego prohibido, en el que expresamente la ley dice que el contrato

de juego prohibido no da acción para reclamar lo que se hubiese ganado en dicho juego, art. 2764: "La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en juego prohibido. El Código Penal señalará cuáles son los juegos prohibidos". Se le ha privado de efectos completamente y si se presentase una demanda reclamando lo que se ganó en el juego, el juez la rechazará de plano; pero se necesita un precepto como éste, para que un acto afectado de nulidad absoluta no produzca efectos jurídicos. Si la ley nada dice, el acto producirá provisionalmente sus efectos y será hasta que se pronuncie la nulidad cuando se destruyan retroactivamente estos efectos. Es por esto que la Suprema Corte de Justicia ha sentado jurisprudencia afirmando que en el derecho mexicano toda nulidad debe ser declarada judicialmente.

Creemos que la tesis es cierta como regla general, pero cuando la ley categóricamente priva de efectos al acto, como en el juego prohibido, no se necesita sentencia; es el legislador el que ha declarado la nulidad de pleno derecho, es decir, por ministerio de la ley. Pero como el legislador, generalmente, por no decir que casi en la totalidad de los casos, se abstiene de dar esta regla de que el acto no producirá efectos, como en el juego prohibido, será necesario seguir un juicio para que se nulifique el acto ilícito afectado de nulidad absoluta. Estos caracteres necesariamente deben presentarse, de lo contrario el acto no estará afectado de nulidad absoluta, sino de nulidad relativa. Hemos dicho que para que se presente la primera, la acción debe ser imprescriptible, el acto inconfirmable y todo interesado debe estar facultado para pedir la nulidad. Por la falta de alguno de estos caracteres y a pesar de que el acto sea ilícito, la nulidad será relativa. Por esto dice el artículo 2225: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley"; es decir, la ilicitud originará nulidad absoluta cuando concurran las tres características citadas; pero la ilicitud originará nulidad relativa cuando falte alguna de esas características, aun cuando concurran las otras dos.

6.—*Tesis de Bonnecase.*—El autor francés Julián Bonnecase consideró que para terminar con la duda reinante, la nulidad absoluta debe tener un carácter rígido, inflexible, de tal manera que si no se dan las tres notas esenciales mencionadas, el acto estará afectado de nulidad relativa a pesar de que sea acto ilícito y de que tenga dos caracteres de la nulidad absoluta y una de la relativa. Esta opinión de Bonnecase tiene para nosotros la importancia de que fue consagrada en un artículo expreso del Código Civil vigente y, por lo tanto, nuestro legislador acabó con estas discusiones que en la doctrina francesa sólo originan desorientación. Dice

el artículo 2227: "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos". En el artículo anterior se enumeran los caracteres rígidos de la nulidad absoluta: debe ser inconfirmable, imprescriptible y todo interesado puede intentarla, es decir, todo aquel a quien perjudique el acto, directa o indirectamente.

7.—*Nulidad relativa.*—Indicamos ya que los elementos de validez del acto jurídico son la *capacidad,* la *forma* y la *ausencia de vicios en la voluntad* y, por tanto, que son elementos de invalidez que nulifican el acto jurídico: la incapacidad, la inobservancia de la forma, cuando la ley requiere que la voluntad se manifieste de manera determinada, y la existencia de vicios en la voluntad: error, dolo o violencia. En estos tres casos: incapacidad, inobservancia de la forma y existencia de vicios en la voluntad, se origina la nulidad relativa. Así como en la nulidad absoluta tenemos como causa, por regla general, la ilicitud del acto jurídico, en su objeto, motivo o condición, en la nulidad relativa encontramos como causas la incapacidad, la inobservancia de la forma o la existencia de vicios en la voluntad: error, dolo o violencia. Además, existen características en la nulidad relativa que son diametralmente opuestas a las que analizamos en la nulidad absoluta.

Estos caracteres opuestos a la nulidad absoluta se refieren al concepto clásico de nulidad relativa tal como se establecía, por ejemplo, en la doctrina francesa interpretando los artículos del Código francés o los preceptos relativos de los códigos de 1870 y 1884. En la actualidad, además de este concepto clásico de nulidad relativa opuesto en todo al de nulidad absoluta, tenemos un caso que antiguamente se consideraba como mixto; actualmente se reputa de nulidad relativa. En este caso concurren tanto caracteres de nulidad absoluta como de relativa, pero basta con que haya una sola característica de la segunda, para que así se clasifique al acto jurídico. Por ejemplo, puede la acción ser imprescriptible y poder intentarse por cualquier interesado (dos caracteres de la nulidad absoluta), pero bastará que el acto sea confirmable, es decir, que pueda ratificarse, para que quede convalidado, a efecto de que entonces se considere afectado de nulidad relativa.

8.—*Capacidad.*—Primera causa de nulidad relativa.—La incapacidad y la capacidad pueden ser de goce o de ejercicio. La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La incapacidad de goce es la falta de aptitud para ser titular de derechos o para contraer obligaciones. Toda persona por el hecho de serlo tiene siempre

capacidad de goce. Puede haber una capacidad parcial o total. Pero por el hecho de ser persona el sujeto, tendrá capacidad total o por lo menos capacidad parcial.

· "La teoría del derecho común entiende por capacidad de obrar la de realizar actos jurídicos. El c. c. no conoce un concepto general de la capacidad de obrar, sino sólo la capacidad para las declaraciones de voluntad, y de consiguiente para celebrar negocios jurídicos (arts. 104-115) y la capacidad delictual o de imputación (arts. 827 y 828) (Enneccerus, t. I, v. II, pág. 18).

La capacidad de ejercicio consiste en la aptitud que tiene un sujeto para hacer valer directamente sus derechos, o cumplir sus obligaciones, para celebrar actos jurídicos o comparecer en juicio como actor o demandado, por su propio derecho. La capacidad de ejercicio supone la de goce. Si no hay capacidad de goce no puede haber de ejercicio relativamente a los derechos y obligaciones; en donde no existe la capacidad de goce menos puede ejercerse un derecho, porque la ley lo impide. Quien no pueda contraer una obligación es lógico que no tendrá capacidad para cumplirla. La incapacidad de ejercicio consistirá, por lo tanto, en la falta de aptitud para hacer valer directamente los derechos o las obligaciones. Tienen incapacidad de ejercicio los menores de edad, los privados de inteligencia por idiotismo o imbecilidad y aquellos que padecen perturbaciones en sus facultades mentales por locura, embriaguez consuetudinaria o uso constante de drogas enervantes; también los sordomudos que no sepan leer o escribir. Es a esta incapacidad a la que la ley se refiere como causa de nulidad relativa y por lo que hemos tenido que hacer la explicación anterior. La ley no se refiere a la incapacidad de goce, cuando dice simplemente que la incapacidad es causa de nulidad relativa. Es cierto que la ley no califica la incapacidad; pero por un razonamiento vamos a demostrar que no puede referirse a la incapacidad de goce, sino a la de ejercicio.

La incapacidad de goce impide totalmente que el sujeto pueda celebrar el acto jurídico, debido a que una norma de derecho vendrá a constituir un obstáculo insuperable para su realización y, por lo tanto el acto se propondría un objeto directo jurídicamente imposible, siendo en consecuencia inexistente conforme al artículo 2224 del Código Civil vigente, pues el objeto imposible, equivale a la falta de objeto en el acto jurídico. En cambio, como en la incapacidad de ejercicio la ley reconoce en el sujeto que hay capacidad de goce, puede ser titular de derechos o de obligaciones; puede adquirirlos, sólo que no de manera directa, sino por conducto de un representante: el menor por medio del que ejerza la patria potestad o del tutor; el mayor de edad que padezca perturbaciones mentales, por

conducto de su tutor. Como no hay una prohibición para llegar a adquirir el derecho si el incapaz celebra el acto jurídico, este acto no va en contra de una norma; pero sí está viciado, padece de una irregularidad. Desde este punto de vista decimos que el acto está afectado de nulidad relativa. Los artículos que se refieren a la incapacidad en los contratos, que son aplicables a los demás actos jurídicos, son los números 1798 y 1799. El art. 1798 dice: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley". El art. 1799: "La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común". Es decir, la incapacidad debe ser determinada en la ley. La regla general es la capacidad tanto de goce como de ejercicio. Por esto en principio todo sujeto es capaz. Para que podamos hablar de una incapacidad de goce o de ejercicio, la ley debe consagrarla. El art. 646 dice: "La mayor edad comienza a los veintiún años cumplidos". Art. 647: "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes". En esta expresión "dispone libremente de su persona y de sus bienes" está reconocida la capacidad de ejercicio, es decir, la aptitud para que primero el mayor de edad tenga derechos y bienes, y, por consiguiente, para que pueda disponer de ellos libremente. El capítulo consagrado al estado de interdicción por incapacidad de ejercicio, justamente va regulando la nulidad, que es relativa, para los actos que ejecuta el incapaz. Dice, por ejemplo, el artículo 635: "Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados, sin la autorización del tutor, salvo lo dispuesto en la fracción IV del artículo 537". Y el artículo 636 dice: "Son también nulos los actos de administración y los contratos celebrados por los menores emancipados, si son contrarios a las restricciones establecidas por el artículo 643". Es decir, el emancipado puede realizar actos válidos respecto de bienes muebles; pero quedan afectados de nulidad relativa los que se refieren a la enajenación de inmuebles según establece el artículo 643, que dice: "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: I.—Del consentimiento del que lo emancipó para contraer matrimonio antes de llegar a la mayor edad. Si el que otorgó la emancipación ejercía la patria potestad y ha muerto, o está incapacitado legalmente al tiempo en que el emancipado intente casarse, necesita éste el consentimiento del ascendiente a quien corresponda darlo, y en su defecto, el del juez; II.—De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; III.—De un tutor para los negocios judiciales".

Enneccerus, t. I. v. II, pág. 105.

9.—*La forma.*—Actos consensuales, formales y solemnes.—Trataremos ahora de la segunda causa que origina la nulidad relativa en los actos jurídicos. Esta causa consiste en la inobservancia de las formalidades legales. Desde este punto de vista los actos jurídicos se clasifican en *consensuales, formales y solemnes.* Son actos consensuales aquellos para cuya validez no se requiere ninguna formalidad; por lo tanto, toda manifestación de voluntad es válida, ya se haga verbalmente, por escrito, o por señas, o se desprenda de actos que hagan presumir la voluntad. Cuando un contrato o acto jurídico se califica de consensual por la ley, se puede exteriorizar la voluntad de cualquier manera; pero sí se requiere que exista dicha exteriorización. Habrá un problema de prueba cuando se discute en qué términos se exteriorizó la voluntad, si no hay documento en que conste por escrito; es decir, la expresión escrita sólo servirá como prueba, pero no como elemento de validez en el acto. Puede no haber expresión escrita y demostrarse con testigos en qué términos se exteriorizó la voluntad. En ocasiones, ni siquiera se necesita la expresión escrita o verbal de la voluntad, basta la manifestación por señas o por actos; por ejemplo, la compraventa de cosas por medio de aparatos automáticos. Por el solo hecho de depositar el precio del objeto, obtendremos la cosa a través del aparato. La voluntad, por consiguiente, puede manifestarse de manera expresa o tácita. Existe manifestación expresa cuando se requiere la expresión escrita, el lenguaje oral o el mímico; existe manifestación tácita cuando la voluntad se exterioriza a través de actos que la hagan suponer, es decir, de los cuales podamos inferir lógicamente su existencia, como en el ejemplo propuesto.

Paul Oertmann, *Introducción al Derecho Civil,* traducción de Luis Sancho Seral, Editorial Labor, S. A., 1933, págs. 219 y 220.

La segunda categoría de actos se denominan formales. En éstos es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tengan validez; por lo tanto, sólo se acepta el consentimiento expreso y por escrito. La voluntad expresada a través del lenguaje oral o del mímico no es bastante para los actos formales. El acto, se considera afectado de nulidad relativa, si no se observa la forma escrita. Dentro de la expresión escrita caben dos formas: el documento público y el privado. Se llama documento público aquel que se otorga ante un funcionario que tiene fe pública, por ejemplo, ante un notario, un secretario de un juzgado, un funcionario administrativo que conforme a la ley esté dotado de fe pública, etc. En ciertos casos la ley requiere que la voluntad se exteriorice en documento público. Se llama escritura pública cuando la voluntad

se otorga ante notario. En esta clase de actos se presenta el problema de nulidad relativa cuando la voluntad no se exterioriza a través de un documento privado o público, según lo prevenga la ley, y entonces decimos que el acto está afectado de nulidad relativa con las características que ya mencionamos.

Por último, los actos pueden ser solemnes. Son aquellos actos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, 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 observa la formalidad; en cambio, en el formal, habrá simplemente nulidad relativa. Por ejemplo, el matrimonio es un acto solemne. Si éste no se otorga ante el Oficial del Registro Civil, registrándose el acto en el libro que determina la ley (libro de matrimonios), no hay matrimonio.

Nuestro derecho sólo reconoce como actos solemnes ciertos actos del registro civil que ya estudiaremos; el principal de ellos es el matrimonio. Los demás actos y contratos, nunca son solemnes. *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.*

Para nuestro problema de nulidad relativa, simplemente concluimos que esta forma de nulidad sólo se presenta en los actos formales; que es una nulidad prescriptible, que puede desaparecer por la confirmación del acto observando la forma que prescribe la ley, es decir, la confirmación debe hacerse sin incurrir nuevamente en el vicio de informalidad; pero si se otorga el acto que originalmente es nulo, observando la forma legal, se tiene por válido desde el momento en que se otorgó. Este es el efecto de la convalidación que obrará de manera retroactiva. Esta nulidad puede ser intentada por las partes en el acto jurídico o por su autor, si se trata de un acto unilateral.

CAPITULO V

Los Vicios de la Voluntad

1.—*Error.*—Este es una creencia contraria a la realidad; es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico. En el derecho, el error en la manifestación de la voluntad vicia a ésta o al consentimiento, por

cuanto que el sujeto se obliga partiendo de una creencia falsa, o bien, pretende crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

Para el estudio del error, el dolo y la violencia es necesario tener presente lo que sobre estos temas en relación con el contrato, exponemos en el tomo III.

Messineo, *ob. cit.*, t. II, pág. 434.

No todo error en la manifestación de la voluntad vicia a ésta o al consentimiento, originando la nulidad del acto. Estudiaremos en seguida qué condiciones debe reunir para nulificarlo.

L. Josserand, *Los Móviles en los Actos Jurídicos de Derecho Privado,* traduc. de Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr., Puebla, 1946, págs. 45 y 46.

Además del error, la ignorancia, que consiste en la carencia de conocimientos respecto de alguna materia, se toma en cuenta en el derecho, para atribuirle los mismos efectos que al error. Por consiguiente desde un punto de vista jurídico, el error y la ignorancia, cuando son los motivos únicos y determinantes de la voluntad, la vician en igual forma y originan la nulidad relativa del acto jurídico. En cuanto al error, se hace una distinción entre error de hecho, de derecho y de aritmética.

El error de hecho es el que tiene mayor importancia y vamos a hacer su estudio detenidamente. El error de derecho, que implica el desconocimiento o falsa interpretación de una regla jurídica, tiene en la actualidad gran interés, porque el Código vigente lo toma en cuenta para declarar la nulidad del acto, en tanto que los códigos de 1870 y 1884 determinaron que no lo invalidaba. Por último, el error de aritmética sólo da luga a la reparación o rectificación del cálculo hecho, sin tener mayores consecuencias jurídicas.

2.—*Grados del error.*—Se distinguen tres grados: 1º—Error destructivo de la voluntad, que origina la inexistencia del contrato o del negocio jurídico, denominado en la doctrina "error-obstáculo"; 2º—Error que simplemente vicia la voluntad y que motiva la nulidad relativa del acto o contrato; 3º—Error indiferente para la validez del acto jurídico.

Planiol, t. I, pág. 156.

3.—*Error destructivo de la voluntad.*—También se denomina error-obstáculo, y por virtud del mismo se impide la formación del consentimiento o concurso de voluntades, debido a que las partes no se ponen

de acuerdo respecto a la naturaleza del contrato o a la identidad del objeto, de tal manera que hacen sus respectivas manifestaciones de voluntad pensando que celebran contratos diferentes, o bien que se refieren a cosas distintas y esto impide que se forme el consentimiento, pues no existe la misma manifestación de voluntad para celebrar determinado acto jurídico, o para la transferencia del mismo objeto que deba ser materia del contrato.

Hay dos clases de error que impiden la formación misma del acto jurídico, a saber: 1º—El error sobre la naturaleza del acto que se deba ejecutar; y 2º—El error sobre la identidad de la cosa objeto del acto. Cualquier otro error sólo es, cuando más, un vicio de la voluntad, como indicamos en el número 274". (Planiol, t. I, pág. 155).

Este error destructivo de la voluntad es un obstáculo para la formación del consentimiento y, por consiguiente, del contrato, originando la inexistencia del acto jurídico, con todas las características que hemos señalado para esta forma de ineficacia.

Messineo, *ob. cit.*, t. II, págs. 434 y 435.

4.—*Error que vicia la voluntad y que motiva la nulidad relativa.*— Este tiene mayor interés, porque es el que generalmente ocurre y se invoca como motivo de nulidad relativa. Se presenta cuando la voluntad sí llega a manifestarse, de tal manera que el acto existe, pero su autor o uno de los contratantes sufre un error respecto al motivo determinante de su voluntad, siendo este error de tal naturaleza que de haber sido conocido, no se hubiera celebrado el acto. En atención a esta circunstancia, se considera que el consentimiento se formó, pero que hay un vicio de tal magnitud, que impide que el acto o contrato surtan sus efectos, porque la manifestación de voluntad no es cierta.

En el derecho francés, se estudia este error de segundo grado, como error sobre la substancia de la cosa, que trae por consecuencia la nulidad relativa.

Además de este error sobre la substancia, en el derecho francés se estudia el error sobre la persona, que sólo tiene interés en ciertos contratos que se celebran *intuitu personae,* es decir, por consideración a la persona, o en atención a su capacidad, conocimientos o aptitudes. Sólo en estos contratos el error sobre la persona puede viciar la voluntad, ya que recae sobre el motivo determinante y único del consentimiento.

Josserand, *ob. cit.*, pág. 56.

En nuestro derecho existe una reglamentación más amplia del error, sin recurrir a los dos casos que menciona el derecho francés, y que en realidad son ejemplos de error como motivo determinante de la voluntad. Desde el Código de 1870 se ha aceptado que cuando el error recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad, de tal manera que de haberlo conocido no se hubiera contratado, ese error nulifica al contrato. No necesitamos, en este concepto general, recurrir a los ejemplos del derecho francés, de error sobre la substancia o sobre la persona, porque nos bastará aplicar el principio general, sin limitarnos a dos hipótesis, que aunque sean las más importantes pueden existir otros casos que no sean ni error sobre la substancia, ni sobre la persona, y que no obstante, impliquen un error sobre el motivo determinante de la voluntad.

En el Código de 1884 se distingue, además de este error, el que es común a ambos contratantes, sea cual fuere la causa de que proceda. Tal parece que este precepto admite que por el solo hecho de que el error sea común a ambas partes, debe nulificar el contrato, no obstante que no sea sobre el motivo determinante de la voluntad. Además de este caso, el Código de 1884 dice expresamente que también se nulifica el contrato cuando el error lo padezca uno de los contratantes, si es sobre el motivo determinante de la voluntad.

El Código vigente ha modificado en esto al de 1884, y ha considerado que el error común a ambos contratantes no es una causa de nulidad, si no es determinante de la voluntad; es decir, el hecho de que sea un error común a las partes, o sólo exclusivo de una de ellas, no vicia en sí al consentimiento. Pueden ambas partes sufrir error sobre cualidades no esenciales de la cosa, o circunstancias accidentales del contrato, que en manera alguna, de haberlas conocido les hubiese impedido contratar; que a pesar de conocer esas circunstancias accidentales, habrían celebrado el contrato, y esto, según el Código vigente, no puede nulificar el acto jurídico por el solo hecho de que ambas partes sufran el error.

5.—*Error indiferente.*—Por último, el tercer grado en el error que es llamado indiferente no recae sobre el motivo determinante de la voluntad; no afecta, por consiguiente, ni las cualidades substanciales del objeto, ni se refiere a la persona, si se trata de un contrato gratuito o hecho en consideración a las aptitudes o capacidades del contratante. Simplemente en el error indiferente se tiene una noción falsa respecto de ciertas circunstancias accidentales del acto jurídico, o de la cosa objeto del mismo, que no viene a nulificar la operación. Supongamos un error respecto al lugar de pago en el contrato de compraventa, de tal manera que el comprador pensara que debe cubrir el precio en el lugar de ce-

lebración del contrato, y en rigor se hubiera estipulado que ese precio debería cubrirse en el lugar del domicilio del vendedor. Esto se refiere a circunstancias accidentales que seguramente no hubieran impedido al comprador llevar a cabo la operación.

Nuestro Código vigente no le reconoce efectos al error indiferente, ya que requiere como condición que el error sea determinante de la voluntad. Sin embargo, el Código anterior, por un error de técnica, elevó el error indiferente, cuando era común a ambas partes, a la calidad de error-nulidad, es decir, de segundo grado, que sí viciaba el consentimiento.

Josserand, *ob. cit.*, págs. 49 y 50.

6.—*Preceptos de ambos códigos.*—El art. 1296 del Código de 1884 dice: "...El error de hecho anula el contrato: I.—Si es común a ambos contrayentes, sea cual fuere la causa de que proceda". El vigente ha suprimido esta fracción, para disponer que sólo cuando el error recae sobre el motivo determinante de la voluntad, vicia el consentimiento y, por consiguiente, nulifica el contrato. Dice el art. 1813 del Código vigente: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato, cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste, en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa".

El Art. 1296, fracción II, del Código anterior, consignaba el error de hecho determinante de la voluntad. Decía: "...el error de hecho anula al contrato: II.—Si recae sobre el motivo u objeto del contrato declarándose en el acto de la celebración o probándose por las circunstancias de la misma obligación, que en el falso supuesto que motivó el contrato, y no por otra causa, se celebró éste".

7.—*Error de derecho.*—Además del error de hecho, existe el de derecho. El Código de 1884 disponía en su Art. 1296 que el error de derecho no anulaba el contrato. Se partía de un supuesto falso: como en el artículo 22 se decía que la ignorancia de la ley no servía de excusa ni a nadie aprovechaba, se consideró que si el contratante o el autor del acto jurídico ignoraban la ley, este error no podría servirles de excusa ni aprovecharles para pedir la nulidad. El Código vigente estatuye que el error de derecho sí puede nulificar el acto o contrato. Hay error de derecho cuando la causa determinante de la voluntad del autor o autores del acto, se funda en una creencia falsa respecto a la existencia o a la interpretación de una norma jurídica, de tal manera que por esa creencia falsa

respecto a los términos de la norma o a su interpretación jurídica, se celebró el acto. Si hubiese conocido el sujeto la verdadera interpretación de la ley o el texto de la misma, o bien si hubiese sabido que la norma que él creía existente en realidad no existía, no hubiera celebrado el acto jurídico.

Bajo la legislación anterior se creyó que este caso quedaba comprendido en el artículo 22, y que no podía invocarse la ignorancia de la ley para nulificar el acto o contrato; pero la razón que existe en uno y en otro casos es distinta. El Art. 22 lo que quiere prohibir es la violación de las leyes bajo el pretexto de que se ignoran, y de esta manera tener que permitir actos ilícitos. Es decir, cuando se ejecuta un acto contrario a la ley no puede invocarse, como pretexto para eludir la sanción, que se ignoraba la ley; pero cuando se celebra un acto por un error de derecho, no se trata de violar la ley; no es una finalidad dolosa la que se propone el sujeto; al contrario, pretende crear una situación jurídica bajo la creencia falsa de que hay una norma de derecho en tal o cual sentido, o que la interpretación jurídica de esa norma debe ser en la forma en que falsamente pensaba. No hay, por lo tanto, en este caso, intención de violar la ley, ni hay el problema del interés público que se presentaba para justificar el Art. 22 del Código anterior, en el sentido de que la ignorancia de la ley no sirva de excusa ni a nadie aproveche. El Código vigente reproduce este mismo precepto, pero como considera que el caso es radicalmente distinto, a pesar de ello admite que el error de derecho anula el contrato.

8.—*Dolo.*—Estudiaremos el dolo y la mala fe como vicios del consentimiento.

"Definición.—Se llama 'dolo' todo engaño cometido en la celebración de un acto jurídico. Por el momento, puede bastar la anterior definición; los hechos constitutivos del dolo serán estudiados con más amplitud a propósito de los contratos. V. el t. II". (Planiol, t. I, pág. 156).

Propiamente hablando, el dolo no es en sí un vicio del consentimiento. Vicia la voluntad sólo en tanto que induzca a error, y que éste sea, además, el motivo determinante de la misma. Es decir, el error puede tener dos causas: ser un error que se llama fortuito que no supone dolo en los contratantes o en un tercero; o bien, ser un error que tiene como causa al dolo (error doloso), que supone que uno de los contratantes o un tercero han ejecutado un conjunto de maquinaciones o artificios precisamente para inducir a error a la otra parte.

Planiol, t. I, pág. 157.

Cuando el dolo no origina error, es decir, cuando las maquinaciones o artificios fracasan, de tal suerte que el contratante no es víctima de aquéllos, no existe vicio de la voluntad, y a pesar de la actitud ilícita de la otra parte, o de un tercero, el contrato es válido, porque la voluntad se manifestó sin el error que se quiso provocar.

Messineo, *ob. cit.*, t. II, págs. 443 y 444.

En el Código de 1884 indebidamente se consideró que el dolo era en sí un vicio del consentimiento, o por lo menos que siempre que provocaba un error debía nulificar el contrato, aun cuando éste no fuera determinante único de la voluntad. Decía el artículo 1296, frac. III: "...El error de hecho anula el contrato: III.—Si procede de dolo o mala fe de uno de los contrayentes". Bastaba con que se indujera a error, aun cuando éste fuera secundario, indiferente, según lo hemos clasificado, para que el contrato se nulificara.

En cambio, el Código vigente estatuye que sólo el dolo que induce a error determinante de la voluntad, motivará la nulidad del contrato. Dice el Art. 1816: "El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico".

Se entiende por dolo en los contratos, toda maquinación o artificio que se emplee para inducir a error. Así lo define la ley, pero debemos agregar: Siempre y cuando este error sea determinante de la voluntad, porque si no lo es, aun cuando haya maquinaciones o artificios habrá un dolo en términos generales, pero no un dolo en los contratos que motive la nulidad de los mismos. No obstante esto, dice el Art. 1815: "Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". La definición no es suficiente, porque cualquier género de error nos permitiría considerar que hay dolo como vicio del consentimiento que motiva la nulidad. Esta imprecisión se aclara en el Art. 1816 ya transcrito.

Planiol, t I, pág. 157.

Además del error existe la mala fe, que en el derecho se equipara al dolo. Esta es la disimulación de error por parte de un contratante una vez conocido, para que el otro se obligue, bajo esa falsa creencia; es de-

cir, en la mala fe no se provoca el error, simplemente el contratante se aprovecha del que advierte en la otra parte, y esta actitud pasiva para aprovecharse del error de la otra parte y obtener ventajas indebidas, se equipara al dolo, por cuanto que también origina la nulidad del contrato, siempre y cuando el error en que incurrió voluntariamente la parte contratante, sea determinante de la voluntad. Es decir, el dolo es activo; implica maquinaciones o artificios para inducir a error. La mala fe es pasiva; simplemente se aprovecha un contratante del error en que la otra parte está incurriendo, y no le advierte esa circunstancia, con la dañada intención de aprovecharse de ella.

En el Código vigente, cuando el dolo proviene de un tercero, sólo nulifica el contrato si el contratante conoce esa circunstancia, y se aprovecha del error. Es decir, si se convierte en cómplice del tercero. Pero si el contratante ignora que por virtud de esas maquinaciones la otra parte se ha decidido a contratar, esta circunstancia no nulifica el contrato. Conforme el Código anterior bastaba con que el dolo fuera procedente de un tercero que pudiera tener interés en el contrato. En este caso, las partes tenían también acción contra el tercero.

En cuanto a la mala fe, no obstante que se equipara al dolo, no puede existir de parte de tercera persona. Como supone una actitud pasiva en que una parte se aprovecha del error en que ha caído la otra, sólo cuando es el contratante el que conoce ese error y se aprovecha de él, puede considerarse que hay mala fe; si es un tercero, se requeriría además que aquél tuviera conocimiento y, por lo tanto, ya la mala fe sería suya.

9.—*Dolo principal y dolo incidental.*—Se admite en el Código Civil una clasificación del dolo, distinguiendo lo que la doctrina ha llamado dolo principal y dolo incidental. El dolo principal o determinante es el que motiva la nulidad del acto, porque engendra un error que es a su vez la causa única por la cual se celebró. El dolo incidental origina un error de importancia secundaria, que a pesar de conocerse se hubiera celebrado la operación. El dolo incidental, por consiguiente, no nulifica el acto jurídico.

También se hace una clasificación en la doctrina, de dolo bueno y de dolo malo. El dolo bueno, es aquel que emplean los comerciantes para ponderar las cualidades de la mercancía, para provocar un interés excesivo en el cliente, exagerando en ocasiones esas cualidades, o afirmando circunstancias determinadas respecto a las ventajas de la operación, etc. Se refiere a esto el Art. 1821: "Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que

naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato y que no importen engaño o amenaza a alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia".

Messineo, *ob. cit.*, t. II, pág. 444.

10.—*Violencia.*—La violencia puede ser física o moral. Existe violencia física cuando por medio del dolor, de la fuerza física o de la privación de la libertad, se coacciona la voluntad a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico. También existirá cuando por la fuerza se priva a otro de sus bienes, o se les hace daño, para lograr el mismo objeto; o bien, cuando merced a la misma fuerza se pone en peligro la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de los bienes de la víctima. La violencia moral existe cuando se hacen amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o el patrimonio del autor del acto jurídico, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el segundo grado. Se define la violencia en los contratos en el artículo 1819 que dice: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

Josserand, *ob. cit.*, págs. 102-103.

Propiamente en la violencia física el vicio existe cuando por el dolor o la fuerza se coacciona la voluntad a fin de que se celebre un acto jurídico. La redacción del artículo 1819 exige, para que exista la violencia física, que a través de la fuerza se ponga en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud, etc. Este peligro existe tanto en la violencia moral como en la física, de tal suerte que no puede coaccionarse la voluntad en sentido jurídico cuando no haya peligro de perder la vida, la honra, la libertad o el patrimonio.

Messineo, *ob. cit.*, t. II, pág. 442.

La ley ha limitado las personas sobre las que se puede ejercer violencia. Es así que no se considera, para los efectos de la ley, que ha sufrido violencia aquel que por una amenaza sobre algún amigo o algún pariente colateral después del segundo grado, se ve obligado a otorgar un acto jurídico, no obstante que desde el punto de vista psíquico la intimidación ejercida sea de la misma intensidad que pudiera presentar-

se tratándose de los parientes que comprende la ley. Sin embargo, este problema se discute en la doctrina y en la jurisprudencia.

En contra de la tesis expuesta, que limita el número de personas sobre las que puede ejercerse violencia para vencer la voluntad del autor del acto jurídico, existe la tesis de que el legislador presume de manera absoluta que en estos casos habrá siempre violencia, sin que el violentado tenga que demostrar que por el grado de parentesco realmente su voluntad fue coaccionada. En cambio, para el caso de que se ejerza violencia sobre personas que no estén enumeradas por el artículo citado, pero que por el grado de amistad, de intimidad, sí se afecte la voluntad del autor del acto jurídico, de tal manera que no lo hubiera celebrado de no haberse ejercido la violencia, entonces, para esta teoría, sí existirá un vicio en la voluntad, pero habrá que rendir prueba de que sólo por virtud de la violencia se otorgó el acto. La ley ya no presume aquí de pleno derecho que hubo violencia, pero tampoco debe excluir esa posibilidad —dice la teoría que comentamos—, por la sencilla razón de que lo que la ley quiere proteger es una voluntad libre.

Messineo, *ob. cit.*, t. II, págs. 442 y 443.

11.—*Características de la nulidad relativa.*—Son características en la nulidad relativa, las siguientes: la acción es prescriptible, en oposición a la nulidad absoluta en que es imprescriptible; sólo el perjudicado, o sea, el que sufre el vicio, el incapaz o las partes en el acto jurídico cuando no se observa la forma, pueden pedir la nulidad relativa. En cambio, la nulidad absoluta se puede pedir por todo tercero a quien perjudique esa nulidad, aun cuando no sea parte del acto jurídico. La nulidad relativa desaparece por la confirmación expresa o tácita del acto jurídico, requiriéndose en la confirmación expresa que se vuelva a otorgar el acto jurídico sin incurrir en el mismo vicio. En la confirmación tácita existe el cumplimiento voluntario del acto jurídico conociendo el vicio que lo nulifica; es un cumplimiento en el que se renuncia a la nulidad por conocer el vicio y se prefiere cumplir el acto jurídico, aceptando sus efectos. El cumplimiento voluntario, cuando se ejecuta desconociendo el vicio, no puede convalidar al acto nulo, porque el mismo cumplimiento estaría padeciendo del mismo vicio. En el cumplimiento voluntario realizamos otro acto jurídico más y, si este acto por desconocer el vicio que afecta al acto de origen, padece a su vez el mismo vicio, es evidente que no pueda convalidar al acto nulo. En la nulidad relativa el acto jurídico *siempre* produce efectos provisionales; en cambio, en la nulidad absoluta por *regla general se producen* efectos provisionales, pero hay

casos en que la ley de pleno derecho priva al acto de todo efecto. En ambas clases de nulidades se destruyen los efectos provisionales por medio de la sentencia que declare la nulidad, es decir, siempre será menester intentar en un juicio la acción u oponer la excepción de nulidad, para que haya sentencia que declare que el acto es nulo y por virtud de ella se destruyan los efectos provisionales que se hubieren realizado.

La razón de estas características de la nulidad relativa como opuestas a las de la nulidad absoluta, es la siguiente: Toda nulidad relativa parte de un vicio o de una irregularidad que sólo afecta al autor o autores del acto jurídico, no hay un interés general lesionado, como en la nulidad absoluta. Será el perjudicado el único que podrá intentar la acción de nulidad. La ley previene que si el perjudicado no pide la nulidad, se presume que renuncia a ella: por esto es prescriptible. En cambio, la nulidad absoluta es imprescriptible porque al violarse intereses generales no sería conveniente que este acto, a través del tiempo, llegase a producir efectos jurídicos. La ilicitud continuará en todo tiempo.

La nulidad relativa es susceptible de confirmación expresa o tácita, justamente por la misma razón, es decir, porque afectando intereses determinados, incumbe sólo al perjudicado decidir si cumple el acto jurídico o no lo cumple; si lo otorga nuevamente con las formalidades legales y sin incurrir en otro vicio, o no lo otorga; pero al hacerlo de una manera o de otra, desaparece la nulidad que sólo a él perjudicaba.

Hemos explicado que en nuestro derecho existe un caso mixto que se clasifica como de nulidad relativa; aquel en el que concurren tanto caracteres de la nulidad absoluta como de la relativa. Este caso se discutió en cuanto a su clasificación en la doctrina, porque algunos autores lo consideraban como de nulidad absoluta y otros de relativa. Bonnecase propuso que la nulidad absoluta tenga caracteres rígidos de manera que deben presentarse todos y cada uno de los que hemos enumerado, y que cuando no se presenten todos, basta que falte uno de ellos, para que se clasifique la nulidad como relativa; criterio que fue aceptado directamente por nuestra legislación de 1928, en el artículo 2227, que dice: "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos". O sea, cuando no llena los caracteres de la nulidad absoluta que ya conocemos.

CAPITULO VI

De las Modalidades en los Actos Jurídicos

1.—*Modalidades en sentido estricto y modalidades en sentido amplio.*—Por modalidades en sentido estricto comprenderemos exclusivamente a la condición y al término. Se trata de acontecimientos futuros que afectan la vida o exigibilidad de los actos jurídicos, de los derechos y de las obligaciones. Dada la importancia de estas modalidades les consagraremos un apartado especial.

Por modalidades en sentido amplio comprenderemos las que se relacionan con la pluralidad de los sujetos y de los objetos (indirectos) de los derechos y de las obligaciones. También incluimos aquí las modalidades que regula el Código Civil para los contratos y los testamentos.

Consúltense los capítulos que hemos consagrado al estudio de las modalidades en las obligaciones, t. III, especialmente lo relativo a las condiciones y términos, así como a la mancomunidad y solidaridad en las obligaciones.

2.—*Del término.*—Las modalidades en sentido estricto que pueden afectar los derechos y las obligaciones, son los términos y las condiciones.

El término es un acontecimiento futuro de realización cierta que suspende los efectos de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación, o extingue dichos efectos. En el primer caso se llama término suspensivo y, en el segundo, término extintivo.

Por consiguiente, el término suspensivo es un acontecimiento futuro de realización cierta que suspende los efectos de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación. En cambio, el término extintivo es un acontecimiento futuro de realización cierta que extingue los efectos de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación.

Se entiende por acontecimiento futuro de realización cierta el que necesariamente habrá de ocurrir, aun cuando se ignore el día en que tal hecho sucederá. Puede conocerse con exactitud la fecha de realización del término o ignorarse. Para el segundo caso los romanos emplearon la denominación de "término incierto".

Respecto del término, es necesario distinguir dos momentos:

a) Antes de que el acontecimiento se realice.

b) Una vez que se ha realizado.

Antes de la realización del acontecimiento, si el término es suspensivo, simplemente se aplazan o difieren los efectos del acto jurídico, del derecho o de la obligación. Estos efectos ya existen, de manera que la modalidad sólo los afecta en su exigibilidad, pero no en cuanto a su existencia misma.

Si el término es extintivo, entretanto no se realice el acontecimiento futuro, el acto jurídico, el derecho o la obligación producen sus efectos como si fueren puros y simples. Sólo están sujetos a que cuando el acontecimiento se realice, cesen de producirse tales efectos.

Respecto al segundo momento, o sea, cuando el acontecimiento ya se ha realizado, debe también distinguirse si el término es suspensivo o extintivo. En el primer caso se producirán todos los efectos que simplemente estaban diferidos o aplazados. En el segundo, se extinguirán los efectos que venían realizándose desde la constitución del acto, del derecho o de la obligación.

Aplicando las ideas que anteceden a los derechos y a las obligaciones, diremos que el término puede afectar la constitución, la transmisión o la extinción de tales derechos y de las obligaciones correlativas. En el término suspensivo no se afecta la creación misma de los derechos o de las obligaciones, toda vez que sus efectos se aplazan. En el término extintivo se produce la terminación del derecho o de la obligación. La mayoría de los derechos están sujetos, por su naturaleza misma, a un término extintivo. Por último, la transferencia de las facultades o de las obligaciones puede quedar sujeta a término suspensivo.

3.—*De la condición.*—En el derecho existen dos clases de condiciones: las suspensivas y las resolutorias. Estas condiciones pueden afectar a los actos jurídicos en general, a los derechos o a las obligaciones. Por tanto, debe definirse la condición relacionándola con el acto, con el derecho y con la obligación en los siguientes términos: la condición es un acontecimiento futuro de realización incierta que suspende el nacimiento de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación, o bien, que los extingue. En el primer caso se llama suspensiva, en el segundo, resolutoria. Por consiguiente, la condición será suspensiva, cuando tratándose de un acontecimiento futuro e incierto, suspende el nacimiento del acto jurídico, del derecho o de la obligación. Como éstos dependen de un acontecimiento futuro que podrá realizarse o no, y este acontecimiento es esencial a la vida del acto, del derecho o de la obligación, entretanto no se cumpla, no podemos decir que el acto jurídico existe, que el derecho ha nacido, o que la obligación se ha constituido. Hay sólo una expectativa de acto, de derecho o de obligación.

En cambio, en la condición resolutoria el acto, el derecho o la obligación nacen, surten sus efectos como si fueran puros y simples, pero su vida misma depende de que un acontecimiento futuro e incierto se realice. Si este acontecimiento se realiza, se destruye el acto, el derecho o la obligación. Podemos, por consiguiente, definir la condición resolutoria diciendo: que es un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende la extinción de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación.

El estudio de las condiciones, por consiguiente, importa desde distintos puntos de vista al derecho civil:

1º Para las modalidades que pueden revestir los actos jurídicos; por esto se estudian las condiciones en los testamentos, en los contratos y en los actos jurídicos en general.

2º Para las condiciones que pueden afectar a los derechos reales, y

3º Para las condiciones que pueden afectar a los derechos personales.

La condición puede afectar, desde el punto de vista activo, al crédito, y desde el punto de vista pasivo, a la deuda u obligación.

Los derechos, tanto principales como accesorios, pueden depender de una condición. Si es suspensiva, los derechos no nacen, si el acontecimiento futuro e incierto no se realiza. Este aspecto, por lo tanto, tiene interés en el estudio relativo a las fuentes de los derechos, cuando el contrato, el testamento, o el acto jurídico unilateral dependen de una condición suspensiva para que el derecho nazca. En cambio, el estudio de las condiciones resolutorias nos interesa desde el punto de vista de la extinción de los derechos, porque todo derecho sujeto a condición resolutoria se extingue cuando se cumple el acontecimiento futuro e incierto.

Debemos distinguir tres momentos a propósito de la condición suspensiva o de la resolutoria:

1º Antes de que la condición se cumpla.

2º Una vez que la condición se ha cumplido.

3º Cuando existe la certeza de que la condición ya no podrá cumplirse.

En el primer momento, o sea cuando aún no se cumple la condición, si ésta es resolutoria, no se afecta la existencia del derecho. Este produce todas sus consecuencias jurídicas como si fuese un derecho puro y simple. Si es suspensiva, el derecho no llegará a nacer si la condición no se cumple. Entretanto se realiza sólo habrá una expectativa de derecho.

En el segundo momento, o sea, cuando la condición se cumple, nace el derecho, si es suspensiva, o bien, origina la extinción del mismo, si es resolutoria.

En el tercer momento, al existir la certeza de que la condición ya no podrá cumplirse, el derecho se convierte en puro y simple, si la condición es resolutoria. Si es suspensiva, el derecho se considera como no nacido.

En términos generales, la condición opera retroactivamente en nuestro derecho, salvo estipulación en contrario. Es decir, las partes pueden referir los efectos de la condición, al futuro, y no darle alcance retroactivo. Pero si las partes no declaran que la condición sólo surtirá efectos para el futuro, la ley estima que toda condición resolutoria, una vez cumplida, destruye retroactivamente los efectos del acto, del derecho o de la obligación. Si es suspensiva, el derecho se considera nacido desde que se otorgó el acto y no desde que se realizó la condición.

Sin embargo, en aquellos derechos llamados de tracto sucesivo, que implican la ejecución día a día de una serie de actos definitivamente consumados, como son: el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres, o los derechos personales de uso o goce que derivan del comodato o arrendamiento, no es posible que la condición resolutoria destruya los efectos ya realizados. Hay una imposibilidad material para destruir el goce, el uso, o el aprovechamiento que ya definitivamente se causó en el tiempo. Si alguien hace uso de la servidumbre de paso, es evidente que aunque después se cumpla la condición resolutoria, el pasado no podrá destruirse jamás, es decir, no se podrán volver las cosas a su estado anterior, como si no hubiera existido servidumbre.

Pero en aquellos derechos reales o personales en donde no ha habido todavía ejecución definitivamente consumada e irreparable, sí es posible que la condición resolutoria opere retroactivamente. Por ejemplo, en la hipoteca y en la prenda, en donde cabe que la garantía se extinga con efectos retroactivos.

TITULO V

DERECHO DE LAS PERSONAS

CAPITULO I

ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y MORALES

1.—*Atributos de las personas físicas.*—Las personas físicas o seres humanos, tienen los siguientes atributos: 1.—Capacidad; 2.—Estado Civil; 3.—Patrimonio; 4.—Nombre; 5.—Domicilio, y 6.—Nacionalidad.

Los citados atributos son constantes y necesarios en toda persona física, según se explicará después al tratar de cada uno de ellos.

Los artículos 1º, 2º, 3º y 7º de la vigente Ley de Nacionalidad y Naturalización (publicada en el "Diario Oficial" de 20 de enero de 1934), regulan en sus aspectos principales la nacionalidad mexicana. Dicen así:

"Art. 1º—Son mexicanos por nacimiento: I.—Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres. II.—Los que nazcan en el extranjero, de padres mexicanos, de padre mexicano y madre extranjera, o de madre mexicana y padre desconocido. III.—Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes".

"Art. 2º—Son mexicanos por naturalización: I.—Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones, Carta de Naturalización. II.—(Esta fracción fue reformada por decreto de 18 de diciembre de 1939, publicado en el "Diario Oficial" de 23 de enero de 1940, quedando como sigue): "La mujer extranjera que contraiga matrimonio con mexicano, y tenga o establezca su domicilio dentro del territorio nacional, conserva la nacionalidad mexicana, aun después de disuelto el vínculo matrimonial. La Secretaría de Relaciones Exteriores hará, en este caso, la declaratoria correspondiente".

"Art. 7º—Puede naturalizarse mexicano todo extranjero que cumpla con los requisitos establecidos en esta Ley".

2.—*Atributos de las personas morales.*—Las personas morales tienen los siguientes atributos: 1.—Capacidad; 2.—Patrimonio; 3.—Denominación o razón social; 4.—Domicilio, y 5.—Nacionalidad.

"La persona jurídica puede ser definida como toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes y a los que, para la consecución de un fin social durable y permanente, es reconocida por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales". (Roberto de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil,* traduc. de Ramón Serrano y José Santa-Cruz Teijeiro, v. I, pág. 433).

Existe una correspondencia entre los atributos de la persona física y los de la moral, exceptuándose lo relacionado con el estado civil, que sólo puede darse en las personas físicas, ya que deriva del parentesco, del matrimonio, del divorcio o del concubinato.

La capacidad de las personas morales se distingue de la de las personas físicas en dos aspectos: a).—En las personas morales no puede haber incapacidad de ejercicio, toda vez que ésta depende exclusivamente de circunstancias propias e inherentes al ser humano, tales como la minoría de edad, la privación de la inteligencia por locura, idiotismo, o imbecilidad; la sordomudez unida a la circunstancia de que no se sepa leer ni escribir; la embriaguez consuetudinaria, o el abuso inmoderado y habitual de drogas enervantes. b).—En las personas morales su capacidad de goce está limitada en razón de su objeto, naturaleza y fines. Podemos formular como regla general la de que dichas entidades no pueden adquirir bienes o derechos o reportar obligaciones que no tengan relación con su objeto y fines propios.

El artículo 27 constitucional da reglas especiales para determinar la capacidad de goce de algunas personas morales como son las sociedades extranjeras, las sociedades por acciones, las instituciones de crédito y de beneficencia, así como otras corporaciones.

En cuanto al patrimonio de las personas morales, observaremos que aun cuando de hecho algunas entidades como los sindicatos y las asociaciones políticas, científicas, artísticas o de recreo pudieran funcionar sin tener un patrimonio, existe siempre por el hecho de ser personas, la capacidad de adquirirlo. Es decir, cualquiera que sea su objeto y finalidades deben tener la posibilidad jurídica de adquirir los bienes, derechos y obligaciones relacionados con sus fines. Existen algunas entidades como las sociedades civiles o mercantiles que por su naturaleza misma requieren para constituirse un patrimonio, o sea, un capital social que es indispensable formar desde el nacimiento del ente y a través de las aportaciones que lleven a cabo los socios, en dinero, bienes, trabajo o servicios.

"Dijimos ya que la doctrina tradicional distingue dos tipos fundamentales en las personas jurídicas: las corporaciones y las fundaciones, y a éstas pueden reducirse también las demás especies ya admitidas. Substrato de las primeras es una organización de personas (universitas personarum) de las últimas, un con-

junto de bienes (universitas bonorum), un patrimonio convertido en ente autónomo y destinado a un fin. La doctrina más moderna tiende decididamente a unificar el concepto de persona jurídica, a una construcción dogmática única que contenga en sí ambas formas y las reduzca a unidad. Ello da lugar a dificultades teóricas que, si no son invencibles, hacen intrincada la doctrina no sencilla de las personas jurídicas. Si el elemento fundamental de las corporaciones es una organización de personas y el de las fundaciones un conjunto de bienes, precisa para la unidad conceptual de ambos tipos unificar ambos elementos, hacerlos comunes a los dos tipos, exigiendo en las corporaciones, a más de una agrupación de personas, un patrimonio, y en las fundaciones a más del patrimonio, una agrupación de personas. Si es cierto que también en las fundaciones hallamos un elemento personal en cuanto que los bienes se destinan a una necesidad o fin humanos, estando representado tal elemento por los destinatarios presentes y futuros que se benefician del patrimonio, y si es cierto que en las corporaciones se da también un elemento patrimonial en las que no puede faltar éste para conseguir el fin, no puede negarse que el elemento personal en las fundaciones y el patrimonial en las corporaciones, tienen funciones e importancia muy diversas de las de aquel que constituye el elemento esencial en cada una.

Las personas en la corporación están determinadas en cada momento de su vida, mientras en la fundación son indeterminadas; es una verdadera y propia organización unitaria que descansa en el vínculo de colectividad orgánica la que reúne a los miembros singulares en el colegio; falta toda idea de organización y de vínculo en los beneficiarios de la fundación que sólo poseen una cierta condición común (enfermedad, defecto físico, pertenencia a una ciudad) exigida por la voluntad del fundador para poder ser admitidos al beneficio. Pudiera añadirse que sólo idealmente se consigue concebir una unidad en la pluralidad sucesiva de beneficiarios que se suceden en el tiempo y en el goce del patrimonio.

Por el contrario, si un patrimonio no falta por lo común en las corporaciones, puede, sin embargo, faltar actualmente, sin que por esto la universitas pierda su carácter de persona jurídica, mientras que no se concibe fundación sin el acto primordial y esencial de destino de un patrimonio a un fin.

El elemento personal es preponderante en las corporaciones como en las fundaciones lo es el patrimonial; pero, además, un ulterior criterio es decisivo para la distinción, y es el de la voluntad que da vida al organismo y lo rige luego de nacer. Mientras en la corporación es la voluntad de sus miembros la que impera y la que gobierna y rige el organismo, pudiendo del mismo modo que asigna un fin inicial a éste, cambiarlo modificando (en determinadas condiciones) su estatuto, en la fundación, el ente se rige por virtud de una voluntad que es extraña a la serie de destinatarios y de administradores, la voluntad del fundador es la única que impera soberana, de modo que ni un cambio de fin ni un diverso destino del patrimonio es consentido (salvo las causas que por razones de orden o utilidad públicos autorizan al Estado a sustituir el fin frustrado o irrealizable por un fin nuevo y más útil)". (Ruggiero, *ob. cit.*, v. I, págs. 438 a 440).

La denominación de las personas morales equivale al nombre de las personas físicas, por cuanto que constituye un medio de identifica-

ción del ente absolutamente necesario para que pueda entrar en relaciones jurídicas con los demás sujetos. Para las personas morales de derecho privado la ley regula expresamente su denominación. En las sociedades puede haber simple denominación o razón social. El artículo 2693 del Código Civil requiere que el contrato de sociedad contenga la razón social y el 2699 estatuye: "Después de la razón social se agregarán estas palabras: Sociedad Civil".

El domicilio de las personas morales se determina en el artículo 33 del Código Civil, en los siguientes términos:

"Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración. Las que tengan su administración fuera del Distrito o de los Territorios Federales, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de las mencionadas circunscripciones, se considerarán domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado, en todo lo que a estos actos se refiera. Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales".

La nacionalidad de las personas morales se define de acuerdo con el artículo 5º de la vigente ley de Nacionalidad y Naturalización, tomando en cuenta dos factores: que se hayan constituido conforme a las leyes mexicanas y que, además, establezcan su domicilio en el territorio de la República. Cumplidos estos requisitos tendrán la nacionalidad mexicana.

Dice al efecto dicho precepto:

"Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal".

No basta que una persona moral se constituya de acuerdo con las leyes de un Estado determinado, si no radica su domicilio dentro del territorio del mismo, porque entonces habría el peligro de que los extranjeros se acogieran a las leyes de un determinado Estado para constituir una entidad moral, que al no fijar su domicilio dentro del territorio del mismo, pondría en peligro su independencia o los intereses de sus nacionales, dada su finalidad para aprovechar una nacionalidad que la colocará en situación ventajosa y en perjuicio de los intereses mismos del Estado bajo cuyas leyes se acogiere.

CAPITULO II

De la Capacidad

1.—*Capacidad de goce y de ejercicio.*—La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existir la personalidad.

Bonnecase, *Elementos de Derecho Civil,* t. I, traduc. del Lic. José M. Cajica, Jr., Puebla, 1945, págs. 377 y 378.

La capacidad se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

Messineo, *ob. cit.,* t. II, págs. 116 y 117.

La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla. Si se suprime, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar. Kelsen concibe al sujeto, según ya lo hemos explicado, como un centro de imputación de derechos, obligaciones y actos jurídicos. Por lo tanto, la capacidad viene a constituir la posibilidad jurídica de que exista ese centro ideal de imputación y al desaparecer, también tendrá que extinguirse el sujeto jurídico.

Se ha sostenido que la esclavitud y la muerte civil fueron causas extintivas de la personalidad, de tal manera que el esclavo se reputaba cosa y el declarado civilmente muerto, perdía todos sus derechos, cesando ipso jure su personalidad. La verdad es que, ni la esclavitud ni la muerte civil lograron extinguir todos los deberes de la persona, aun cuando sí extinguieron sus derechos.

2.—*Iniciación de la personalidad y la condición jurídica del nasciturus.*—De estas observaciones podemos sentar el principio de que la capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano; que basta esta calidad, es decir, el ser hombre, para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y, por lo tanto, una personalidad. Por esto en el derecho moderno se consagra el siguiente principio: *todo*

hombre es persona. La capacidad de goce se atribuye también antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace vivo y viable.

El artículo 22 de nuestro Código Civil vigente contiene una verdadera ficción jurídica al declarar que: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

"a) En general, puede decirse que esta materia de la situación jurídica del concebido antes de nacer, es una de aquellas en que el Código Civil no se redujo a seguir de cerca los modelos de codificaciones extranjeras, sino que recogió los últimos resultados de la legislación y la doctrina españolas anteriores a él.

La filiación romana de los principios sustentados por el Código es bien patente, pero parece que, al menos en algún aspecto muy importante, no se llegaron a través de la codificación francesa, sino como consecuencia del fondo jurídico español anterior.

El Código Civil mantiene a la cabeza de la teoría del "nasciturus" una declaración de tipo general, que es la que ha de dar la tónica a todo el sistema. Está contenido en el artículo 29: "... el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables".

Esta afirmación, de la más recia raigambre romana, lleva además impreso el sabor que dejó en ella la formulación, ya consignada, de los legisladores de Partidas.

b) Las otras codificaciones europeas importantes, más o menos relacionadas con la nuestra, aceptaron las consecuencias prácticas de la teoría romana del "nasciturus", pero no estamparon en sus textos esa abstracción de un principio general, que puede permitir, al aplicarse a casos no previstos en preceptos concretos, extender la teoría, sirviendo de fundamento y trabazón a todo un sistema". (José Maldonado y Fernández del Torco, *La condición jurídica del "Nasciturus" en el derecho español,* Madrid, 1946, págs. 197 y 198).

Es así cómo el embrión humano tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho y éstas son principalmente: capacidad para heredar, para recibir en legados y para recibir en donación. Sostenemos esta tesis a sabiendas de que nos ponemos en abierta contradicción con toda la doctrina. Sin embargo, cada vez que meditamos más sobre este problema reafirmamos nuestro punto de vista que es una consecuencia de una correcta teoría sobre la personalidad.

Nicolás Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil,* traduc. de Felipe de J. Tena, México, 1938, pág. 158, dice: "La personalidad del hombre comienza con el nacimiento, que tiene lugar en el instante en que el feto ha salido completamente del seno materno; pues éste es el momento en que puede ser objeto de una protección jurídica independiente de la que corresponde a la madre.

Por eso no basta que salga únicamente la cabeza; pero, por otra parte, no es necesario que se haya cortado el cordón umbilical".

También José Maldonado y Fernández del Torco niega la personalidad del concebido, razonando al efecto:

"Para intentar hallar una calificación técnica del beneficio que el principio recogido por nuestro Código Civil confiere al "nasciturus", no cabe recurrir a pensar que se concede a éste la categoría de la personalidad jurídica. La letra misma del artículo 29 hace imposible esta opinión (también rechazada en la doctrina extranjera), al decir que "el nacimiento determina la personalidad..."

Al establecer a continuación el beneficio de que al concebido se le tenga por nacido para aquello que le favorezca, no quiere decir, ni lo dice, que debe considerársele ya como persona; y aún menos si tenemos en cuenta que este beneficio sólo se le concede en el caso de que "nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente".

Pero si no parece posible atribuirle en absoluto la categoría de persona jurídica tampoco creo que coloca el problema en su planteamiento más claro el acudir a una figura de capacidad limitada o pendiente. La capacidad jurídica sólo la tendrá desde el nacimiento, si reúne las condiciones del artículo 30; antes de éste, el derecho hará producir ciertos efectos en el mundo jurídico, como si el concebido ya existiera realmente, pero sin colocarlos sobre una base de sustancia personal del mismo. En estos efectos la ley, más que a atribuir desde luego derechos al concebido, tiende a limitar los de los demás en atención al futuro bien de ese ser que aún no ha nacido.

Por eso creo que prestaría una mayor nitidez a la visión de la figura jurídica de que se trata el contemplarla no desde la posición de ese ser aún no nacido, sino desde el punto de vista de la relación jurídica que viene a resultar afectada por la aplicación de tal principio y, sobre todo, de la función que desempeña la norma jurídica al aplicarlo.

En este sentido se ha intentado acudir a la teoría de la atribución de derechos condicionales al concebido o a la calificación de "expectativa de derecho"; pero tanto una como otra presupondrían la capacidad jurídica del "nasciturus", necesitando un sujeto de derechos". (José Maldonado y Fernández del Torco, *La condición jurídica del "Nasciturus" en el derecho español*, Madrid, 1946, págs. 209 a 211).

Nosotros pensamos lo contrario, pues para ser heredero, legatario o donatario, se necesita tener personalidad jurídica, ya que por tales calidades se adquieren derechos patrimoniales. No puede explicarse esta adquisición mediante la teoría de la representación diciendo que los padres, o si el padre ha muerto, la madre, representan al ser concebido pero no nacido, porque su representación a su vez está fundada en la existencia del representado. De manera que la teoría de la representación descansa en la admisión previa de que el embrión humano es persona, de que tiene una capacidad mínima pero bastante para considerarlo sujeto de derechos. Y es de gran trascendencia, por ejemplo, en el derecho hereditario, que el ser concebido pueda heredar, si nace viable, por cuanto

que los bienes pueden seguir una trayectoria muy distinta, si pasan del autor de la herencia al ser concebido que nazca viable y después muera; o bien, si los bienes del de cujus no pasan a él, porque no nació viable. Si nace viable, los bienes primero pasan a aquel ser y después a los herederos de éste. Supongamos: en un caso de divorcio o de nulidad de matrimonio, el padre instituyó como heredero al único hijo que está concebido y no ha nacido; si el hijo nace viable y muere, la herencia pasa a la madre, pero si el hijc no nace viable, la herencia ya no puede pasar a la madre; pasará a los herederos del padre, y como hemos supuesto que hay divorcio o nulidad de matrimonio, la madre no será heredera. Tenemos aquí la función importantísima que tiene reconocer personalidad al embrión humano bajo la condición resolutoria de que no nazca viable, es decir, que no viva veinticuatro horas o no sea presentado vivo al Registro Civil. No creemos que sea una condición suspensiva la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable. Ahora bien, en este caso no podría explicarse, cómo puede ser heredero o donatario el ser que sólo está concebido. En cambio, si afirmamos que el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa: que no nazca viable, quedará perfectamente explicado que fue persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo (como ocurre en el caso de que se cumpla la condición resolutoria), si nace no-viable, es decir, si se realiza justamente ese hecho futuro e incierto (que nazca no-viable) y que funge como condición resolutoria. Si no se realiza dicha condición, será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento.

El derecho hereditario parte de la base de que el heredero sea persona en el momento de la muerte del autor de la sucesión y los problemas se presentan justamente cuando el autor de la herencia muere antes de que nazca el heredero, pero estando ya concebido. Se requiere que el ser concebido nazca vivo y, además, viable. En nuestro sistema no basta que el ser concebido, al nacer tenga un instante de vida, que respire como se exige en algunos derechos, por ejemplo, en el francés; debe vivir 24 horas, desprendido del seno materno, o debe ser presentado vivo al Registro Civil dentro de las 24 horas. El artículo que fija estos requisitos sigue el sistema español. Se ha dictado esta disposición para evitar litigios a efecto de determinar si hubo vida en el recién nacido o no la hubo. Dice así el artículo 337:

"Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al

Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

Para tratar de explicar los derechos del simplemente concebido, la doctrina tiene que recurrir a ficciones infantiles e ingenuas, según se desprende del siguiente parágrafo:

"El principio, tal como aparece redactado en el Código Civil, no se limita a retrotraer al momento de la concepción los derechos que se atribuyen al infante en el instante de su nacimiento, al modo como venía a consignarse en el primitivo texto del artículo 29.

En la formulación vigente, más amplia, la ley ordena que se tenga por nacido al concebido para todo aquello que le sea favorable. Es decir, que la ley simula que el parto ya sucedió cuando aún no ha acontecido. Estamos, pues, ante una ficción jurídica, perfectamente incluible en el concepto que de estas ficciones de derecho dejó precisado Bonilla San Martín, algo que va contra la verdad de los hechos, pero que el derecho hace tener por verdad.

En la teoría de las ficciones jurídicas, quizás no perfilada por la doctrina con todo el rigor que hubiera sido de desear, se ha comprendido generalmente como una de las más significativas ésta de considerar ya realizado el nacimiento para ciertos efectos favorables al concebido. Antes se ha hecho notar cómo calificaron de "dogmatische Fiktion" este principio los juristas alemanes; y en la misma obra citada por Bonilla se alínea, entre los casos en que la ficción sirve para templar el rigor de la lógica jurídica, la regla romana por la cual al que ésta todavía "in utero" se le supone nacido, siempre que se trate de su propia conveniencia.

No vamos a entrar en los inconvenientes que para la técnica jurídica moderna representa el sistema de las ficciones. Posiblemente hubiera sido más exacto el Código Civil diciendo, simplemente, que los intereses del concebido se protegerán como los del nacido; pero aquí sólo se ha pretendido calificar el medio que se ve empleado en el texto, tal como viene formulado.

Para dar efectividad práctica al establecimiento de esta "fictio iuris", el Código Civil suspende unas veces la marcha de las relaciones jurídicas en que estará interesado el concebido, deteniéndolas hasta que se produzca el nacimiento (así en el art. 966, que ordena suspender la división de la herencia); y concede, otras, los efectos jurídicos correspondientes al mismo concebido, en nombre del cual se considera que actúa el que lo representa (así en el art. 627, que da efectividad a las donaciones hechas a los concebidos antes de nacer).

En estos casos, la solución práctica está indicada por el mismo texto del Código, pero en cualquier otro no previsto que pudiera surgir, debe estimarse que los efectos favorables al concebido tienen validez inmediata, aunque queden sujetos a una posible resolución en el caso de que éste no nazca con las condiciones requeridas. Este es el criterio más generalmente admitido; por ser el más conforme a la letra del principio, tal como está redactado en el artículo 29". (Maldonado y Fernández del Torco, *ob. cit.*, págs. 214 a 217).

3.—*Fin de la capacidad y de la personalidad física.*—Así como el nacimiento o la concepción del ser determinan el origen de la capacidad y, por lo tanto, de la personalidad, la muerte constituye el fin. Sin embargo, puede darse el caso de que la muerte, por ignorarse el momento

en que se realizó, no extinga la personalidad. Esto ocurre, en las personas ausentes. Como se ignora si el ausente vive o ha muerto, la ley no puede determinar la extinción de la personalidad con un dato incierto. El único sistema entonces, consiste en formular presunciones de muerte; se regulan ciertos períodos en la ausencia, primero, para declarar que el individuo se encuentra ausente para todos los efectos legales; no basta la ausencia de hecho, debe haber la declaratoria judicial de ausencia y, según veremos, para ello se toma en cuenta el transcurso de ciertos plazos. Una vez que se declara la ausencia, corren otros plazos hasta llegar a la presunción de muerte y hasta que se formule ésta, cesa la personalidad.

Ahora bien, como la presunción de muerte puede ser anterior o posterior a la muerte real, tenemos aquí un caso en el cual el sujeto puede haber sido privado de personalidad, aún en vida, o el derecho puede seguir reconociendo personalidad a un ser que haya muerto; sin embargo, estamos operando sobre una hipótesis que quedará destruida si el ausente aparece. Por esto, a pesar de que se declare su presunción de muerte, cuando el sujeto aparece se destruyen todos los efectos jurídicos relacionados con esa presunta muerte. Los bienes que habían pasado a sus herederos, como si se tratase de una muerte real, regresan al patrimonio del ausente; cuando se pueda determinar con certeza su muerte, a pesar de que se haya declarado su presunción en una fecha anterior, los efectos jurídicos se referirán a la muerte real y no a la muerte presunta. Esto tiene interés en el derecho hereditario para abrir la herencia no a partir de la presunción de muerte, sino de la muerte real. Como suponemos que ya la herencia se había abierto, debido a la muerte posterior, todas aquellas diligencias practicadas con anterioridad quedan sin valor jurídico; debe abrirse nuevamente la sucesión que puede traer como consecuencia que sean declarados como herederos otros distintos de los que primitivamente se habían considerado como tales, ante la presunción de muerte del ausente. Un precepto dispone que la herencia se abre a la muerte de una persona o cuando se declara su presunción de muerte. Es en el Libro relacionado con las Sucesiones, donde el artículo 1649 dice:

"La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente".

4.—*Grados de la capacidad de goce.*—Determinados respectivamente el principio y el fin de la personalidad individual, nos referiremos a los grados de la capacidad de goce que pueden tener las personas físicas.

A).—El grado mínimo de capacidad de goce existe, según lo hemos explicado, en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta

en nuestro Código de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva 24 horas. Esta forma mínima de capacidad de goce permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales, es decir, derecho de heredar, de recibir en legados o de recibir en donación; también es la base para determinar su condición jurídica de hijo legítimo o natural.

B).—Una segunda manifestación de la capacidad de goce, se refiere a los menores de edad. En los menores de edad tenemos la capacidad de goce notablemente aumentada, podríamos decir que es casi equivalente a la capacidad de goce del mayor en pleno uso y goce de sus facultades mentales. Sin embargo, existen restricciones a la capacidad de goce en los menores de edad.

C).—Por último, el tercer grado está representado por los mayores de edad. En éstos debemos hacer la distinción de mayores en pleno uso y goce de sus facultades mentales y mayores sujetos a interdicción por locura, idiotismo, imbecilidad o uso constante de drogas enervantes. Estas diferentes formas que perturban la inteligencia no afectan la capacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, es decir, no impiden al sujeto ser titular de derechos y de obligaciones de orden pecuniario; pero evidentemente que sí afectan la capacidad de goce en cuanto a las relaciones de familia, sobre todo para el ejercicio de la patria potestad, pues no se tiene la aptitud necesaria para ejercitar este derecho. La causa es evidente, como el mayor de edad se encuentra privado de inteligencia o sus facultades mentales están perturbadas, no podrá desempeñar ni la función educativa, ni la representativa, inherente a la patria potestad o a la tutela, en su caso.

5.—*Capacidad de ejercicio y representación.*—Trataremos ahora de la capacidad de ejercicio. *Esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.* Por lo tanto, la incapacidad de ejercicio impide al sujeto hacer valer sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones o ejercitar sus acciones. De aquí la necesidad de que un representante sea quien haga valer esos derechos o acciones o se obligue y cumpla por el incapaz o celebre por él los actos jurídicos. Es así como la representación legal surge en el derecho como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio.

Podemos definir brevemente la capacidad de ejercicio, diciendo que *es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica,* es decir, de hacerlo *personalmente.*

6.—*Grados de la incapacidad de ejercicio.*—Para la incapacidad de ejercicio también podemos distinguir diferentes grados:

A).—El primero correspondería al ser concebido, pero no nacido, en el cual necesariamente existe la representación de la madre o, en su caso, de la madre y el padre. Para los únicos casos que el derecho permite capacidad de goce, o sea para la herencia, para recibir legados y donaciones, los padres o en su caso la madre, tienen su representación, tanto para adquirir los derechos por su conducto, como para hacerlos valer si fuere necesario.

B).—El segundo grado de la incapacidad de ejercicio se origina desde el nacimiento hasta la emancipación. Ya hemos precisado que para estos menores de edad existe incapacidad natural y legal; pero esta incapacidad es total; no pueden los menores no emancipados ejercitar sus derechos o hacer valer sus acciones; necesitan siempre del representante para contratar, para comparecer en juicio; se exceptúan los bienes que el menor adquiera por virtud de su trabajo, pues se le permite capacidad jurídica para realizar los actos de administración inherentes a esos bienes.

C).—El tercer grado de la incapacidad de ejercicio corresponde a los menores emancipados en donde existe sólo incapacidad parcial de ejercicio y, consiguientemente, semi-capacidad; pueden realizar todos los actos de administración relativos a sus bienes muebles e inmuebles, sin representante; pueden también ejecutar los actos de dominio relacionados con sus bienes muebles; en cambio, tienen una incapacidad de ejercicio para comparecer en juicio, necesitando un tutor. Para celebrar actos de dominio sobre bienes inmuebles, es menester la autorización judicial. También el menor emancipado necesita el consentimiento de sus padres o tutor, para contraer matrimonio. El artículo 643 crea estas distintas incapacidades en el menor emancipado. Dice así:

"El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: I.—Del consentimiento del que lo emancipó para contraer matrimonio antes de llegar a la mayor edad. Si el que otorgó la emancipación ejercía la patria potestad y ha muerto, o está incapacitado legalmente al tiempo en que el emancipado intenta casarse, necesita éste del consentimiento del ascendiente a quien corresponda darlo, y en su defecto, el del juez; II.—De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; III.—De un tutor para los negocios judiciales".

La fracción segunda de este precepto viene a regular un caso especial en el que el juez cumple la función representativa que normalmente corresponde a los que ejercen la patria potestad o al tutor. No se necesita

para la realización de actos de dominio sobre bienes inmuebles que el menor emancipado se asista del que fue su representante legal, es decir, de los que ejercieron la patria potestad o la tutela, simplemente debe haber una autorización judicial; pero ésta cumple la función inherente a la representación legal que perfecciona el acto jurídico en cuanto que integra la voluntad del emancipado. Podemos decir que hay aquí la concurrencia de las voluntades del emancipado y del juez para la validez del acto de dominio, es decir, estamos ante un fenómeno de *asistencia y no de representación.*

D).—Un cuarto grado en la realización de la incapacidad de ejercicio, corresponde a los mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentran perturbadas por las causas que ya hemos explicado. La incapacidad de estos mayores de edad, generalmente es total, es decir, para la validez de los actos jurídicos es el representante quien únicamente puede hacer valer los derechos y acciones del incapaz, y celebrar los actos jurídicos de administración o de dominio; estos últimos con autorización judicial.

Para los actos jurídicos familiares (matrimonio, reconocimiento de hijo, adopción, etc.), no existe capacidad de goce para dichos sujetos enajenados o perturbados y, por tanto, no puede haber representación.

En materia de contratos, la regla que acabamos de enunciar se observa sin excepción; aun cuando el mayor de edad tenga intervalos de lucidez, no puede celebrar contratos en un momento en que esté en pleno uso de sus facultades mentales; pero, en cambio, en materia de testamentos se acepta que en un momento de lucidez mental, el enajenado otorgue testamento.

7.—*La regla general es la capacidad de goce y de ejercicio.*—La ley considera para las distintas formas de incapacidad de ejercicio, que en rigor se trata de excepciones. *La regla es la capacidad de ejercicio,* es decir, existiendo la de goce, debe existir la de ejercicio, excepto para los menores de edad y para los que sufran perturbaciones mentales o carezcan de inteligencia. Estas disposiciones generales se encuentran en el libro correspondiente a las Obligaciones. En el artículo 1798 se dice que la regla es la capacidad:

"Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

Por lo tanto, la incapacidad como excepción debe estar expresamente declarada en la ley. De este artículo 1798 se deduce la siguiente consecuencia de gran interés jurídico: *la incapacidad no puede imponerse*

por contrato o por acto jurídico; únicamente la ley puede decretarla. Tampoco el testador puede crear un estado de incapacidad con respecto al heredero o legatario. Cuando en un contrato o en un testamento se pretende crear una incapacidad, la cláusula respectiva sólo tiene el valor de originar una obligación de no hacer; por ejemplo, cuando se dice en un contrato que una parte no podrá celebrar el contrato de arrendamiento o el de compraventa respecto de un bien determinado. Esta prohibición no incapacita a la persona para celebrar el contrato, a pesar de que se hubiera obligado a no celebrarlo. Si se le incapacitara, tendríamos que admitir, entonces, que por voluntad de los particulares era posible crear incapacidades de goce, y como esto corresponde sólo al legislador, la consecuencia jurídica será que la cláusula prohibitiva implica sólo una obligación de no hacer, lo cual da origen a daños y perjuicios en el caso de incumplimiento.

8.—*Capacidad para actos de dominio y para actos de administración.*—Excluyendo esos cuatro grados de incapacidad para los distintos sujetos mencionados, tenemos la plena capacidad de ejercicio de los mayores de edad. No obstante, esta plena capacidad de ejercicio que los faculta para contratar, en ocasiones no resulta bastante para celebrar actos jurídicos especiales: por esto debemos distinguir al lado de la capacidad general del mayor de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales, *la capacidad especial que requiere la ley para llevar a cabo actos de dominio. En la ejecución de actos de dominio no basta tener la capacidad general por ser mayor de edad, sino la posibilidad jurídica de disponer de los bienes de que se trate.* Por ejemplo, un mayor de edad no tiene por sí solo la capacidad para celebrar el contrato de compraventa; no le basta ser mayor de edad si pretende vender un bien ajeno, hipotecarlo, o constituir un gravamen sobre el mismo. De aquí la distinción que en derecho civil se hace entre las distintas manifestaciones de la capacidad, según se requiera para celebrar actos de administración, actos de dominio u otros actos jurídicos.

La capacidad para celebrar actos de dominio supone la propiedad, la autorización legal o la del propietario para realizarlos, es decir, estos actos de dominio pueden celebrarse: *primero, por el propietario; segundo, por aquel que sin ser propietario tiene autorización de la ley para realizarlos (será el caso de los que ejerzan la patria potestad y la tutela, previa la autorización judicial), y tercero, por aquellos que tienen un mandato especial o una representación voluntaria, facultados para celebrarlos.* En los actos de administración no se altera la propiedad de la cosa, ni desde el punto de vista jurídico, por enajenación o constitución

de gravámenes, ni desde el punto de vista material por transformación o consumo; de aquí que la capacidad para celebrar actos de administración respecto de bienes ajenos no sea tan estricta como para celebrar actos de dominio. También para esos actos se requiere o tener la propiedad o bien un derecho de goce sobre los bienes, ya que los actos de administración no suponen necesariamente la propiedad de quien los ejecuta. El usufructuario, por ejemplo, puede realizar un arrendamiento de la cosa usufructuada sin ser dueño de la misma, porque su facultad de gozarla y apropiarse de los frutos le permite concederla a un tercero en uso, darla en comodato o en arrendamiento, mediante el pago de una renta. Cuando estos actos de administración se realizan sobre un bien ajeno, también puede haber una representación legal o voluntaria. En la representación legal, los actos de administración no requieren la autorización judicial; los que ejerzan la patria potestad o la tutela pueden llevar al cabo estos actos, excepto el arrendamiento por un plazo superior a seis años, pues se equipara a los actos de dominio.

9.—*La representación como institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio.*—Como toda incapacidad de ejercicio impide que el sujeto haga valer directamente sus derechos, celebre actos jurídicos, comparezca en juicio o cumpla con sus obligaciones, la representación legal se convierte en una institución auxiliar y necesaria de la incapacidad de ejercicio, pues sin ella, aun cuando se tuviera la capacidad de goce, propiamente se carecería de dicha aptitud, dada la imposibilidad de hacer valer los derechos que por la misma se hubieren adquirido. ¿De qué serviría al menor o al enajenado mental ser titular de derechos, si no pudieran ejercitarlos o hacerlos valer por conducto de un representante? La representación supone que un sujeto denominado representante actúa en nombre y por cuenta del representado, de tal manera que las consecuencias jurídicas de los actos que realice afectarán el patrimonio, la persona o el status en general del representado. Este efecto es excepcional en el derecho, y solamente se justifica por la necesidad de que los incapaces puedan actuar jurídicamente por conducto de otro. En la representación es necesario distinguir dos aspectos: a) el acto jurídico se ejecuta por el representante en nombre del representado y, b) dicho acto se realiza además por cuenta de este último. Puede haber mandato no representativo cuando el mandatario actúa por cuenta, pero no en nombre del mandante. Cuando el acto se ejecuta en nombre del representado, las relaciones jurídicas directamente se establecen entre él y los terceros que contrataron con el representante; en cambio, cuando se actúa sólo por cuenta de una persona, dichas relaciones se constituyen

directamente entre los contratantes, afectando sólo el patrimonio del sujeto por el cual se actuó.

Julián Bonnecase, *Elementos de Derecho Civil,* traduc. Cajica, Puebla, t. I, págs. 382 y 383, dice sobre esta importante cuestión, lo siguiente: *"Las dos directrices fundamentales en que se base la organización de la incapacidad: nociones de representación y de asistencia.*—La noción de incapacidad de ejercicio y la serie de incapacidades que de ella se derivan, colocan al legislador frente al siguiente problema: ¿A qué organización debe recurrirse para permitir a la persona que se encuentra afectada por una incapacidad de ejercicio, que haga valer los derechos que recibe en virtud de su capacidad de goce? El legislador se ha aprovechado de dos nociones: *la representación y la asistencia, que adapta a cada caso particular.* En efecto, según la causa de incapacidad y su grado, al incapaz se le deja aparte y quien obrará en su nombre será un organismo u otra persona (*representación*) o por el contrario, el incapaz podrá obrar por sí mismo, pero con la colaboración y bajo el control de un organismo o de una persona (*asistencia*). La institución de la representación funciona cuando la persona es un incapaz que está afectado en su inteligencia o cuando por ser muy joven, no tiene el discernimiento necesario. En los otros casos de incapacidad se recurre a la asistencia. Tenemos así dos categorías de instituciones en provecho de los incapaces: unas se basan en la idea de representación, las otras en la de asistencia: 1º—Las instituciones que se basan en la idea de la representación son: *a) la patria potestad; b) la tutela bajo sus diversas formas; c) diversos organismos, como la administración provisional de los bienes del demente aún no declarado como tal judicialmente (artículo 497);* 2º—Las instituciones que se basan en la idea de asistencia son: *a) la curatela; b) el asesor judicial; c) la autoridad marital en la medida en que subsiste la Ley del 18 de febrero de 1938".*

CAPITULO III

Del Estado Civil de las Personas

1.—*Nociones generales.*—Generalmente se considera en la doctrina que el estado (civil o político) de una persona consiste en la situación jurídica concreta que guarda en la relación con la familia, el Estado o la Nación. En el primer caso, lleva el nombre de estado civil o de familia y se descompone en las distintas calidades de hijo, padre, esposo o pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción. En el segundo caso, el estado se denomina político y precisa la situación del individuo o de la persona moral respecto a la Nación o al Estado a que pertenezca, para determinar las calidades de nacional o extranjero. Asimismo, el nacional puede llegar a ser ciudadano, cumpliendo ciertos requisitos

que en nuestro derecho consisten en ser mayor de edad (o de dieciocho años si es casado) y tener un modo honesto de vivir.

Artículos 30, 33 y 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Art. 30.—La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;

II. Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano y madre extranjera, o de madre mexicana y padre desconocido, y

III. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B) Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización, y

II. La mujer extranjera que contraiga matrimonio con mexicano y tenga o establezca su domicilio dentro del territorio nacional.

Art. 33.—Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán, de ninguna manera, inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Art. 34.—Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

I. Haber cumplido dieciocho años, siendo casados, o veintiuno si no lo son, y

II. Tener un modo honesto de vivir.

2.—*Estado y capacidad.*—Se discute en doctrina si la capacidad forma parte del estado de las personas, o bien, si son aspectos que deben considerarse jurídicamente en forma separada. Para Bonnecase, la distinción debe ser radical, en virtud de que en el estado de las personas sólo se atiende a la relación que guardan con la familia, el Estado o la Nación, es decir, respecto a grupos determinados, sin tomar en cuenta la aptitud de las mismas para adquirir o ejercitar derechos y obligaciones. Por el contrario, en concepto de Planiol (*Tratado Elemental de Derecho Civil,* traduc. del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, t. I, pág. 214), el estado de las personas no es simple, sino complejo, por manifestarse en tres distintas direcciones: a) Como situación de orden político en las calidades de nacional y ciudadano; b) Como situación de orden familiar

en el estado civil o de familia, y c) Atendiendo a la situación física de la persona, como estado personal.

"Adviértase —dice Planiol— que en las dos primeras categorías, el estado consiste siempre en una relación entre la persona considerada y varias otras. En cambio, como las diferentes cualidades que comprende la última clase, no suponen ninguna relación particular entre diversas personas, se determinan por una simple comparación entre una persona y las demás; o entre los estados sucesivos de aquélla" (pág. 215).

Bonnecase invoca en apoyo de la distinción esencial entre estado y capacidad, la opinión de Colin y Capitant (*Curso de Derecho Civil,* t. I, pág. 112), quienes separan también ambas situaciones.

"El estado de las personas —escriben dichos autores— es el conjunto de las cualidades constitutivas que distinguen al individuo en la sociedad y en la familia. Estas dependen de tres hechos o situaciones, que son: la nacionalidad, el matrimonio, el parentesco por consanguinidad o por afinidad".
Messineo, *ob. cit.,* t. II, pág. 89.

De lo dicho anteriormente, así como de la esencia misma de la capacidad, se deduce la distinta naturaleza entre este atributo que es fundamental para otorgar la personalidad y aquel otro de carácter social o familiar que aun cuando acompaña generalmente a la persona, no es el soporte esencial e indisoluble de su misma personalidad.

Pueden darse casos en los que la persona pierda su estado social o de familia, conservando su personalidad; pero jamás podrá despojársele totalmente de su capacidad de goce, conservando, a pesar de ello, su calidad de sujeto del derecho.

Cuando una persona pierde la nacionalidad y la ciudadanía, es posible que no adquiera esos estados en otro grupo social, es decir, una nueva nacionalidad o ciudadanía.

3.—*Derechos y características del estado civil.*—De esta naturaleza del estado civil deriva la tesis de que el mismo crea derechos en favor de la persona. Es decir, es algo independiente de la misma, que supone previamente su existencia o constitución.

Siendo el estado una cualidad de relación de las personas, es evidente que no puede separarse de las mismas, ni ser objeto de transacción o enajenación. Tampoco el estado puede considerarse como un bien de orden patrimonial, susceptible de transferencia y de prescripción en forma positiva o negativa. En sentido lato el estado de las personas es un valor de orden extrapatrimonial y, por tanto, indivisible e inalienable.

La naturaleza moral del estado impide a los acreedores de una persona intentar acciones para exigir que se atribuya a ésta tal estado, cuando le sea desconocido o que se le reconozca con la plenitud de efectos en la hipótesis de que se afecte parcialmente su situación jurídica. Tampoco los acreedores tienen el derecho de intentar acciones o procedimientos para desconocer a un sujeto el estado social o familiar que ostente.

Con relación al estado de las personas, la ley otorga dos acciones fundamentales: la de reclamación de estado y la de desconocimiento del mismo. En la primera se faculta a quien carece de un cierto estado, para exigirlo, si se cree con derecho al mismo. Es equiparable a este caso, el de aquel que ha sufrido perturbaciones o desconocimiento en su situación jurídica, a efecto de que pueda exigir, a través de una acción judicial, el respeto o reconocimiento de su verdadero estado, con todas sus consecuencias jurídicas. En la segunda acción, el titular de un determinado estado está facultado para impedir que otro se atribuya éste o perciba los beneficios morales y patrimoniales inherentes al mismo.

4.—*Posesión de estado.*—El estado civil de las personas puede existir como una situación jurídica calificada con todas las características de la legitimidad, por realizarse los supuestos normativos constitutivos de la misma, o como una situación de hecho, que en lo absoluto carezca de legitimidad, pero que no obstante ello, atribuya a su titular un comportamiento, trato, fama y posición semejantes al estado legítimo. De aquí que el derecho reconozca esta situación real y la tome como supuesto jurídico capaz de producir consecuencias semejantes a las del propio estado del cual se tiene sólo la posesión.

En el derecho, la posesión es un estado de hecho que revela un poder físico del hombre sobre las cosas y que produce consecuencias jurídicas. Este concepto que pertenece al orden patrimonial y que se manifiesta a través de datos apreciables por los sentidos (actos que revelan un poder físico sobre las cosas), ha sido extendido por analogía a un estado jurídico extrapatrimonial, por cuanto que también es susceptible de posesión, como situación de hecho en la que el poseedor se ostenta pública y privadamente con todas las calidades y prerrogativas del titular legítimo de un cierto estado civil o político.

En el Código Civil vigente, al reglamentarse la situación jurídica de los hijos legítimos y naturales, se alude a la posesión de estado de hijo legítimo o natural en los artículos 343, 382 y 384. Este último precepto estatuye que la prueba de esa posesión se realiza demostrando que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo

del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento.

Art. 343.—Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio, por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio si además concurren alguna de las circunstancias siguientes:

I.—Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste;

II.—Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido en su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;

III.—Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361.

Art. 382.—La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida;

II.—Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;

Art. 384.—La posesión de estado, para los efectos de la fracción II del artículo 382, se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento.

Los preceptos antes transcritos, exigen sólo uno o dos de los diversos requisitos a que se refiere el artículo 321 del Código Napoleón, que dice:

"La posesión de estado se justifica por el concurso suficiente de hechos que indiquen la relación de filiación y parentesco entre un individuo y la familia a la que pretende pertenecer. Los principales de estos hechos son: que el individuo haya usado el apellido del que se supone sea su padre; que éste le haya tratado como a hijo, suministrándole en este concepto lo necesario para su educación, mantenimiento y colocación definitiva; que públicamente haya sido como su padre, y que haya tenido el mismo concepto para la familia".

El precepto del Código francés revela con claridad meridiana la distinción entre el hecho jurídico y el estado jurídico. Este último se presenta como una situación permanente integrada por diversos hechos jurídicos, por hechos y actos jurídicos a la vez, o exclusivamente por estos últimos. Las formas de enlace o fusión de esos supuestos de derecho pueden ser simples o compuestas, dependientes o independientes, compatibles o incompatibles. Lo esencial del estado jurídico está en originar una situación permanente, que no puede confundirse con un hecho como fenómeno espacial y temporalmente determinado. Esa situación se integra por la combinación de los supuestos jurídicos que la constituyen.

5.—*Acciones del estado civil.*—Sobre este tema se expresa así Bonnecase:

"Dados los caracteres y la noción del estado de las personas, parecería que toda persona debiera nacer a la vida jurídica con su verdadero estado, y que no existiría la oportunidad de ocuparse de discutir o de establecer un estado. Encontrándose la individuación social constituida, en su mayor parte, por el estado de las personas, y siendo de orden público esta individuación, debería ser así a priori. Pero, la realidad es menos sencilla, como lo demuestran las acciones de reclamación y desconocimiento de estado. El objeto de la primera es que se atribuya a una persona determinada su verdadero estado, del cual se encuentra privada, por cualquiera razón. En cambio, la segunda tiene por objeto impedir a una persona que se atribuya un estado que no es el suyo y del cual, jurídicamente o de hecho, se beneficia o pretende beneficiarse. El mecanismo de estas acciones de estado se presenta, en realidad, en la forma siguiente: 1º—La acción de reclamación de estado procede cuando una persona se cree con derecho a exigir en su favor un estado que, jurídicamente o de hecho, no tiene; 2º—Esta acción de reclamación de estado por sí misma evoca la de desconocimiento, por parte de aquellas personas a quienes perjudicaría la procedencia de aquélla; 3º—Pero la acción de desconocimiento de estado no siempre será provocada por una acción de reclamación de estado previa; puede suceder que ante una situación que parecía adquirida, y que atribuía a un individuo un estado determinado, existan personas interesadas que se crean con derecho para alegar ese estado, y que, en consecuencia, ejerciten una acción de desconocimiento". (*Ob. cit.*, pág. 324).

6.—*Efectos de las sentencias relativas al estado civil.*—En relación con el estado civil de las personas se presenta el problema referente a los efectos de una sentencia que declare o constituya un estado civil, es decir, de determinar el alcance que tenga no sólo relativamente a los litigantes, sino a los terceros que no han intervenido en el juicio. Es principio de derecho procesal que la sentencia sólo surta efectos entre las partes litigantes; la sentencia ejecutoriada constituye la verdad legal aun cuando en ocasiones no corresponda a la realidad; pero el derecho parte de que una sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada, es decir, que se constituye como definitiva, y desde este punto de vista se convierte en indiscutible, sólo lo es relativamente a las partes litigantes. En ciertas cuestiones, como las del estado civil de las personas y las relativas al nombre de las mismas, se ha comprendido la dificultad que traería el darle alcance restringido a la sentencia, porque si se declara, por ejemplo, que alguien es hijo de determinada persona, este efecto debe ser general frente a todo mundo, no sería posible estar discutiendo la filiación de una persona en múltiples casos y ante la posibilidad de que existan sentencias contradictorias; de aquí la necesidad de que el estado creado por una sentencia no sólo valga frente a los litigantes, es

decir, a las personas en el juicio, sino que tenga validez universal. Una vez que por un cierto juicio se investiga, por ejemplo, la paternidad, la filiación, queda ya determinado el estado; sin embargo, esta situación que es de desearse por sus consecuencias de orden práctico, crea problemas en cuanto que para un determinado sujeto pueden existir pruebas a efecto de demostrar que aquel que goza de un cierto estado por sentencia, no tiene ese estado y si en un juicio logró demostrarlo, puede deberse a que su contrario no presentó las pruebas suficientes o que hubo un descuido en la prueba, etc. Viene por esto el problema del alcance *absoluto o relativo de la sentencia.*

Planiol, *ob. cit.*, t. I, pág. 221.

En nuestro derecho los artículos 92 y 93 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito y Territorios Federales, consagran el valor absoluto de las sentencias relativas al estado civil, al estatuir: "La sentencia firme produce acción y excepción contra los que litigaron y contra terceros llamados legalmente a juicio". "El tercero puede excepcionarse contra la sentencia firme, pero no contra la que recayó en juicio de estado civil, a menos que alegue colusión de los litigantes para perjudicarlo". De este último precepto se desprende que las sentencias relativas al estado civil, si surten efectos respecto de terceros, pues éstos no podrán excepcionarse en cuanto a las mismas alegando que no fueron partes en el juicio, a no ser que se demuestre que hubo colusión entre los litigantes con el propósito de perjudicar al tercero de que se trate.

En un principio la jurisprudencia francesa se inclinó en dar un alcance casi absoluto a las sentencias que declaran un estado civil, pues aceptó la tesis del contradictor legítimo. Posteriormente, sobre todo en el derecho francés, encontramos un cambio importante a partir de 1925. Sistemáticamente la doctrina y la jurisprudencia vienen insistiendo en que aun cuando fuera de desearse el alcance absoluto de las sentencias que declaran un estado civil, debe admitirse sólo un efecto relativo entre los litigantes, siendo posible discutir nuevamente por otras personas la calidad de estado civil que se atribuya a un determinado sujeto. Esto por lo que se refiere a las sentencias declarativas: en estas sentencias el juez no crea el estado civil, simplemente lo reconoce. Supongamos, se justifica debidamente la posesión de estado de hijo habido en concubinato; el juez reconoce esta posesión de estado con relación a los padres. En cambio, en ocasiones el juez por virtud de la sentencia constituye el estado civil, no sólo lo declara, tal cosa ocurre: 1º En las sentencias de divorcio y 2º En las sentencias de nulidad del matrimonio. En éstas el juez crea por

virtud de su resolución un estado que antes no existía; cesa el matrimonio y se declara el divorcio. Los consortes adquieren un nuevo estado. O bien, se declara la nulidad del matrimonio; existió la presunción de validez entre tanto no hubiese sentencia; ese matrimonio era válido, sólo a partir de la sentencia se crea el nuevo estado. Para estas sentencias llamadas constitutivas del estado civil, sí tiene un alcance universal la decisión judicial, y es porque la sentencia viene a crear un estado, y su creación es para todo mundo, no sólo respecto de los litigantes. Si se declara el divorcio, los consortes adquieren el estado civil de divorciados definitivamente y frente a todo el mundo; por esto habrá que distinguir entonces sentencias declarativas del estado civil cuyo alcance se limita a las partes litigantes y sentencias constitutivas cuyo alcance es absoluto frente a todo el mundo.

Bonnecase, *ob. cit.*, págs. 343-350.

En las sentencias declarativas del estado civil, en ocasiones la ley otorga la acción o la excepción sólo a un sujeto. Una vez intentada la acción, entonces la sentencia tendrá carácter absoluto, porque ya nadie podrá discutir ese estado civil. La ley no permite, fuera de determinadas personas, que la acción se intente por los terceros en general; de aquí la posibilidad de que, aun cuando sea sentencia declarativa de un estado, como ya nadie podrá intentar la misma acción, no habrá ocasión en cuanto a terceros para discutirlo. La sentencia entonces tiene validez universal, es oponible "erga omnes". A propósito de las sentencias declarativas del estado civil, D'Argentré creó la teoría del contradictor legítimo; pensó el jurista francés que dentro de las personas interesadas en discutir un estado civil, siempre en la ley se caracteriza una de ellas como parte principal afectada, no obstante que la ley puede conceder, además de esta parte principalmente afectada, a otros sujetos, la acción del estado civil; se advierte por los intereses en juego que en verdad sólo es un sujeto el que tiene el mayor interés, y entonces se dice que es él el contradictor legítimo, o interesado verdadero en deducir la acción o la excepción correspondiente. Cuando es el contradictor legítimo el que interviene en el juicio como actor o como demandado, D'Argentré pensó que entonces la sentencia del estado civil tiene validez general porque justamente se ha discutido el estado con el sujeto más interesado, con el más caracterizado para aportar pruebas, para investigar el estado, y si él triunfa o si a él se le vence en juicio, es lógico pensar que respecto de los demás interesados también existiría la misma sentencia. Por ejemplo, en la investigación de la paternidad, el contradictor legítimo sería el padre o presunto padre; si respecto del presunto padre se obtiene una sentencia

declarando la paternidad, desaparece, por ejemplo, el interés jurídico del abuelo, que podría en un caso excepcional tener mejores pruebas que el presunto padre; pero habiéndose llamado a juicio al sujeto más interesado, debe admitirse que la sentencia dictada en ese juicio tenga efectos respecto de los demás sujetos; digamos, los herederos, ascendientes, descendientes, hermanos o colaterales en general, a quienes asista también un interés reconocido en la ley para discutir cuestiones del estado civil, pues justamente el mismo no crea relaciones respecto de una persona aislada, sino dentro de la familia. Hay una serie de presuntos herederos para discutir el estado; no sólo se preocupa la ley por los intereses de índole patrimonial para atribuir o negar la herencia, sino también por los de índole moral, que se discuten vivamente en los juicios relacionados con el estado civil de una persona y, principalmente, con la filiación, tanto cuando se puede presumir matrimonio y no se justifica como cuando exista una unión fuera de matrimonio. El interés práctico de la cuestión reside, sobre todo, en el derecho a heredar y a exigir alimentos, cuando se demuestra un determinado estado civil que conforme a la ley faculta al interesado para exigir estas consecuencias de tipo patrimonial.

"*Sistema seguido en el antiguo Derecho. (Teoría del contradictor legítimo).*—Sus orígenes.—Pronto se advirtieron los inconvenientes que presenta el principio de la autoridad relativa de las sentencias aplicado a las cuestiones de estado, y los antiguos autores franceses, Cujas, Duaren, Doneau, los eludieron dando a ciertos textos romanos un significado que no tenían y generalizando las soluciones obtenidas de ellas. Esta teoría, que más bien constituía una tradición mal definida, que una doctrina, fue construida totalmente por D'Argentré, asegurándole esto el éxito por mucho tiempo (Advis sur les portages des nobles, Quest, 29). D'Argentré observa que "la solución común y aceptada es que las sentencias relativas al estado de las personas constituyen derecho, valiendo en consecuencia contra todos", "a condición de que se haya oído al legítimo contradictor". ¿Quién es el legítimo contradictor? D'Argentré responde: "El primero y principal interesado". Para otros autores es quien tiene el interés más próximo y primitivo". "*Soluciones modernas. Sistemas que atribuyen autoridad absoluta a la sentencia.—Destino de la antigua teoría.*—Se ha pretendido que la teoría del contradictor legítimo fue implícitamente admitida por el Código Civil porque ésta era la doctrina imperante en el siglo XVIII; pero muy lejos se está de haberse demostrado esto, pues la opinión comenzaba ya a variar; Pothier ni siquiera habla de ella; Merlin la refuta íntegramente (Répertoire, vo. Questions d'etat), y nada ni en los textos ni en los trabajos preparatorios, demuestra que los autores del Código la hayan tomado en consideración. Sin embargo, fue sostenida después del Código por Toullier (t. X, 216 y s.) y por Bonnir (Pruebas, No. 889). Pero Duranton, t. XIII, Nos. 526 y 527) y Proudhon (Etat des personnes, t. II, p. 109; Usufruit, t. III, Nos. 1357-1358), que en un principio la aceptaron, la repudiaron posteriormente.—En nuestros días ha sido abandonada por casi toda la doctrina". (Planiol, *ob. cit.*, t. I, págs. 222 y 223).

Planiol expone entre las teorías modernas el sistema llamado de la indivisibilidad del estado civil, considerando que indebidamente se ha interpretado como base para sostener la autoridad absoluta de las sentencias relativas al estado civil. Dice al respecto:

"Sistema de la indivisibilidad del estado.—A veces se ha pretendido fundar la autoridad absoluta de la sentencia, en la idea de la indivisibilidad del estado. Una persona es francesa o extranjera; un hijo es legítimo o no lo es; tiene por madre a tal persona no a tal otra. En consecuencia, la primera sentencia dictada sobre las cuestiones de nacionalidad, de filiación, legitimación, etc., debe hacer fe para todo el mundo. De lo contrario podría dictarse una segunda sentencia incompatible con la primera y la persona sería a la vez francesa y extranjera; hijo legítimo o hijo natural, o bien tendría al mismo tiempo dos madres diferentes, lo que sería absurdo. Véase la nota de Savatier, D. 1900. 2.61. Esta forma de comprender la indivisibilidad del estado se basa en un error fácil de refutar. El estado es indivisible; pero esto significa que nadie puede, en sus relaciones con una persona determinada, pasar por hijo legítimo y por no serlo: como hijo de tal madre y de otra más. Pero la indivisibilidad del estado es absolutamente compatible con el carácter puramente relativo de las pruebas. Contra Pedro puede probarse que es hijo legítimo, sin que esta prueba se pueda oponer a Pablo. No se trata de dividir el estado, sino de distinguir respecto de qué personas se ha logrado establecerlo. La ley misma brinda esta solución en el artículo 100 del Código Civil. Véase lo que se dice a propósito de las sentencias que ordenan la rectificación de las actas del estado civil, número 534. En efecto, nada impide considerar que una persona tenga dos estados distintos en sus relaciones con personas diversas" (*Ob. cit.*, t. I, págs. 223-224).

Nos indica el propio Planiol que en la jurisprudencia contemporánea francesa, parece que ha triunfado el principio que admite la autoridad relativa de las sentencias en materia de estado civil, aun cuando para ello haya tenido que apoyarse en el Art. 1351 del Código Napoleón, que se refiere a los asuntos patrimoniales.

"*Sistemas de la autoridad relativa.—Su demostración.*—En la actualidad generalmente se reconoce que el artículo 1351 se aplica a las sentencias dictadas en materia de estado, aunque en el Código forme parte del título de los contratos y de las obligaciones convencionales".

"La jurisprudencia que estaba indecisa, parece haberse definido en una reciente sentencia de la Corte de Casación, que reconoció autoridad relativa a una sentencia dictada sobre cuestiones de filiación (Cas. civ. 23 abr. 1925, D. 1925. 1. 201, nota de Savatier, S. 1927. 1. 97 nota de E. Audinet)" (*Ob. cit.*, pág. 224).

Bonnecase estima que la tesis sostenida por la moderna jurisprudencia es absurda, sin que en verdad en la doctrina se haya llegado a un acuerdo, pues en tanto que es indiscutible que las sentencias en relación con el nombre de las personas, tienen un valor absoluto, por ser

valederas "erga omnes", en cuanto al estado civil han existido las más contradictorias soluciones. En definitiva, el problema consiste en saber si es aplicable a nuestro asunto, la regla contenida en el Art. 1351 ya invocado, que consagra el principio de la autoridad relativa de la cosa juzgada. "Por tanto, surge por sí mismo, y se demuestra, el interés de saber si el artículo 1351 es aplicable a las cuestiones de estado; en caso de contestarse afirmativamente, no será indivisible el estado de las personas; la persona que ejercitando la acción de reclamación de estado de hijo legítimo, omitiere citar a uno de sus hermanos consanguíneos, continuará siendo su hermano natural; en tanto que será legítimo para los demás. No se puede imaginar solución má irracional. De aquí las tentativas hechas para atribuir autoridad absoluta a las sentencias relativas al estado de las personas. Solamente que tampoco ha podido obtenerse un acuerdo sobre este punto, por lo demás, erróneamente según creemos. Los más diversos sistemas se oponen unos a otros. Resultados adquiridos: autoridad absoluta atribuida: 1º—A las sentencias sobre el nombre; 2º—A las sentencias constitutivas de estado; 3º—A las sentencias dictadas sobre una acción de estado reservada a una persona determinada. 1º—Ya vimos que unánimemente se atribuye autoridad absoluta a las sentencias sobre el nombre de las personas (supra, Nº 245). La naturaleza misma de la cuestión se opone a que una misma persona pudiera ser Pérez para unas, Gómez para otras, y González para las demás: 2º—La misma solución se ha impuesto en lo que concierne a las sentencias constitutivas de estado, que son como verdaderas actas de nacimiento respecto del estado que crean; no se puede estar divorciado o sujeto a la separación de cuerpos para unos y no para otros. 3º—La fuerza de la lógica ha conducido, en tercer lugar, a la autoridad absoluta de las sentencias sobre el estado, cuando la acción sólo puede ser ejercitada por una persona determinada, como en el caso de desconocimiento de paternidad, art. 312-318 (infra V. *Derecho de la filiación*)" (*Ob. cit.*, págs. 333-336).

7.—*Fuentes del estado civil.*—Constituyendo el estado civil de las personas una situación jurídica que se determina por la relación que las mismas guardan dentro del seno de la familia, podemos considerar como fuentes de dicho estado, las siguientes: a) parentesco; b) matrimonio; c) divorcio y d) concubinato. Al tratar a continuación de estas instituciones familiares, explicaremos ampliamente el porqué son fuentes del estado civil.

8.—*Derechos del estado civil.*—El estado civil de las personas origina determinados derechos subjetivos unos patrimoniales y otros no-

valorizables en dinero. Tales son los derechos de heredar en la sucesión legítima, de exigir alimentos y de llevar el apellido de los progenitores. En cuanto a la mujer casada, no obstante que la ley no lo indica, es costumbre que lleve el apellido de su esposo, pero después del propio. La práctica que existe en algunos países europeos, así como en Norteamérica, en el sentido de que la mujer casada pierde su apellido para usar el de su esposo, carece en lo absoluto de fundamento jurídico y constituye, además, una fuente inagotable de continuas confusiones por lo que se refiere a la identificación de las mujeres casadas y a sus bienes. Siendo justamente la finalidad del nombre o apellido la de identificar a las personas, su interés social se frustra y, por lo tanto, no es lícito admitir como costumbre jurídica ésta que se viene comentando.

9.—*Prueba del estado civil.*—a).—En principio el estado civil de las personas sólo se comprueba con las constancias del Registro Civil, salvo las excepciones a que aluden los artículos 40, 341, 342 y 343; b).—Para justificar la filiación de los hijos de matrimonio se requiere por regla general la partida de su nacimiento y el acta de enlace de sus padres; c).—Son también necesarias con las excepciones que después indicaremos, las actas del estado civil para acreditar el parentesco en general, en los casos de herencia o reclamación de alimentos; así como para ejercitar los derechos inherentes a la patria potestad, a la adopción o a la tutela en su caso, para invocar y exigir los efectos de la sociedad conyugal y para obtener determinados beneficios en los casos de ausencia.

Art. 39.—El estado civil de las personas sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro. Ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobar el estado civil, salvo los casos expresamente exceptuados en la ley. (Ver Art. 341).

Art. 40.—Cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles o faltaren las hojas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumentos o testigos; pero si uno solo de los registros se ha inutilizado y existe el otro ejemplar, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase.

Art. 340.—La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.

Art. 341.—A falta de actas o si éstas fueron defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

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

Art. 342.—Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a estos hijos haber nacido de matrimonio por sólo la falta de presentación del acta del enlace de sus padres, siempre que se pruebe que tienen la posesión de estado de hijos de ellos o que, por los medios de prueba que autoriza el artículo anterior, se demuestre la filiación y no esté contradicha por el acta de nacimiento.

10.—*Objeto del Registro Civil.*—El Registro Civil es una institución que tiene por objeto hacer constar de una manera auténtica, a través de un sistema organizado, todos los actos relacionados con el estado civil de las personas, mediante la intervención de funcionarios estatales dotados de fe pública, a fin de que las actas y testimonios que otorguen, tengan un valor probatorio pleno, en juicio y fuera de él. El Registro Civil, no sólo está constituido por el conjunto de oficinas y libros en donde se hacen constar los mencionados actos, sino que es fundamentalmente una institución de orden público, que funciona bajo un sistema de publicidad y que permite el control por parte del Estado de los actos más trascendentales de la vida de las personas físicas: nacimiento, matrimonio, divorcio, defunción, reconocimiento de hijos, adopción, tutela y emancipación.

11.—*Antecedentes.*—La institución del Registro Civil es relativamente moderna y data del siglo pasado en cuanto a su carácter de sistema constituido por el Estado. Su origen es eclesiástico, manifestándose a través de los registros parroquiales, hasta que surge la idea de independizar los actos del estado civil de las creencias religiosas. Este principio de la secularización no es sino la consecuencia de una manifestación más general: la ruptura entre la Iglesia y el Estado. "Fue en el Concilio ecuménico de Trento, donde se adoptó el acuerdo de instituir en cada parroquia tres libros para registrar en ellos los nacimientos, las defunciones y los casamientos según hemos dicho...".

"La revolución francesa también dejó sentir su influencia sobre tales registros parroquiales. El Estado, absorbente y deseoso de mantener su fuero único de dador de fe y de auntenticador de actos asumió las funciones de estos registros y los confió a las autoridades municipales en todas las parroquias francesas..." ..."Al producirse la invasión española, los conquistadores trajeron al país las costumbres de la península ibérica y fueron creados los registros parroquiales al igual que sucedía en

España. Los primeros intentos de secularización de los registros parroquiales datan de mediados del siglo XVIII. Por medio de la ley del 27 de enero de 1857 el estado se emancipó totalmente de la tutela de los registros parroquiales. La ley de 28 de julio de 1859, al llevar en sus disposiciones el espíritu secular y el de la independencia absoluta entre el Estado y la Iglesia, secularizó el registro del Estado Civil... La verdadera organización del Registro Civil, dice Luis Méndez, se produjo de dos formas: por medio de la ley del 1º de noviembre de 1865, y según las disposiciones del primer libro del Código Civil de 1870... En realidad no fue sino hasta el 10 de julio de 1871 cuando se reglamentó cumplidamente el Registro Civil, pues el decreto de esa fecha determina los libros y la forma de inscripción de la institución registral..." (Gomís y Muñoz, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, t. I. págs. 315 y 316).

12.—*Definición y características de las actas del Registro Civil.*— Las actas del Registro Civil son instrumentos en los que constan de manera auténtica los actos o hechos jurídicos relativos al estado civil de las personas. Deben hacerse constar en los libros que señala la ley, dando fe de los mismos el Oficial del Registro Civil competente.

En las actas del Registro Civil, intervienen:

1º—El Oficial del Registro Civil, que las redacta y autoriza.

2º—La parte o partes.

3º—Los testigos.

4º—Los declarantes para ciertos actos como el nacimiento o la defunción.

Las partes son las personas de cuyo estado se trata, constituyendo el objeto del acta; los testigos son aquellos que hacen constar la veracidad de algunos hechos mencionados en el instrumento y, los declarantes, las personas que comparecen ante el Oficial para informarle sobre los hechos que está encargado de hacer constar en ciertas actas, como las de nacimiento o defunción (Arts. 54, 55, 56, 58, 86, 91, 97, 118, y 119).

13.—*Autenticidad de las actas del Registro Civil.*—Dada la importancia que tienen los diversos actos del Registro Civil respecto a la persona física, supuesto que determinan su principio (nacimiento), su capacidad (emancipación, tutela, minoría o mayoría de edad, interdicción) o su fin (muerte), el Estado ha tenido especial interés en que tales actos consten de manera auténtica y, por tanto, que en principio sólo puedan

comprobarse también en una forma indiscutible, mediante los testimonios que expida el encargado del Registro.

El artículo 39 es de fundamental importancia, ya que precisa y concreta la función del Registro Civil, dándole carácter solemne a algunos actos relativos al estado civil de las personas que sólo pueden otorgarse ante los oficiales que la ley indica y en los libros correspondientes.

14.—*Forma supletoria de prueba.*—En México se ha abusado de la posibilidad a que alude el artículo 40 del Código Civil, bajo el pretexto de que con motivo de la Revolución fueron incendiados algunos Registros de la República o se perdieron sus libros. Generalmente se descuida justificar el requisito exigido por el precepto, o sea, que por las circunstancias del caso concreto se pueda suponer que en los registros perdidos, ilegibles o faltantes se encontraba el acta que se afirma existió, pues no basta con probar el hecho general de la pérdida o destrucción de los libros en un determinado registro, o la falta de hojas de aquéllos. De esta suerte la forma supletoria de prueba por instrumentos o testigos a que se refiere el artículo deberá abarcar dos puntos: 1.—Que el conjunto de circunstancias del caso concreto hacen suponer que precisamente el acta que se afirma existió, se otorgó o asentó en los libros perdidos o destruidos, o en las hojas faltantes y 2.—Que el acto del estado civil o el estado de que se trate, son ciertos o existentes, para cuyo efecto la prueba supletoria deberá recaer sobre su contenido, circunstancias y demás elementos.

15.—*Los actos del estado civil no son personalísimos.*—Es decir, pueden celebrarse por conducto de un representante especialmente autorizado al efecto. Para ciertas actas se requiere que el Oficial del Registro Civil tenga a la vista al individuo cuya situación se registra, pues el Art. 54 exige que se presente el niño ante el citado Oficial, bien sea en su oficina o en la casa donde hubiere nacido. Para las actas de defunción previene el Art. 117 que el Oficial se asegure suficientemente del fallecimiento, para lo cual es bastante en los casos regulares con el certificado médico de defunción o la constancia a que se refiere el Art. 121. En los casos irregulares se estará a lo dispuesto en los Arts. 123, 124, 125 y 127.

16.—*Otras características de las actas del estado civil.*—Dada la importancia de las actas del estado civil, se exige que los testigos sean mayores de edad, circunstancia que no se requiere para los testigos en juicios civiles o penales, bastando sólo con que tengan la edad necesaria para poder informar conscientemente.

"Un criterio idóneo es el que se fija en el fin que el acta persigue: según la finalidad propia de cada acta deberá juzgarse si la formalidad es o no esencial. Así, por ejemplo, como observa Zachariae, un acta cualquiera del estado civil no será nula cuando se haya omitido el indicar la edad de los comparecientes, ni un acta de nacimiento cuando no se haya indicado el lugar de éste. Sobre la base de este criterio pueden considerarse como esenciales las formalidades y requisitos siguientes:

a) La cualidad de oficial de estado civil en el funcionario que recibe y redacta el acta. Si tal cualidad la ha asumido o continúa asumiéndola indebidamente, el acta es nula, no obstante la buena fe de la persona que ha hecho la declaración.

b) Las indicaciones sustanciales de la persona a quien la declaración se refiere, la fecha y el lugar en que es recibida la indicación del oficial que ha formado el acta, la firma de éste.

c) La redacción del acta en los Registros del estado civil, puesto que fuera de ellos no hay certeza, autenticidad ni garantía en orden a su seriedad y a su conservación . . .

Normas especiales son dictadas por la ley para la redacción de las actas, en particular, según la naturaleza propia de cada una. A ellas debe recurrirse para juzgar de su integridad y exactitud y para resolver las frecuentes cuestiones que en la práctica se ofrecen sobre su nulidad". (Ruggiero, *ob. cit.*, v. I, págs. 428 a 430).

El carácter público del Registro Civil hace que por razones de interés general, se faculte a cualquiera persona para exigir un testimonio de las actas respectivas, así como de los apuntes y documentos con ellas relacionados.

Si el acta o constancia levantada en el extranjero no se hubiere otorgado conforme a las leyes del lugar, no se tendrá por probado el estado civil, y el oficial respectivo del Distrito o Territorios Federales, deberá negarse a registrar en su oficina la constancia o documento que de manera irregular se hubiere obtenido en el extranjero. (Arts. 15 y 51).

"Las actas del Registro Civil extendidas conforme a las disposiciones que preceden, hacen prueba plena en todo lo que el Oficial del Registro Civil, en el desempeño de sus funciones, de testimonio de haber pasado en su presencia sin perjuicio de que el acta pueda ser redargüida de falsa.

Las declaraciones de los comparecientes hechas en cumplimiento de lo mandado por la ley, hacen fe hasta que se pruebe lo contrario. Lo que sea extraño al acta no tiene valor alguno." (Art. 50).

"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 o de los Territorios Federales, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código cuando

el acto haya de tener ejecución en las mencionadas demarcaciones". (Art. 15).

"Para establecer el estado civil, adquirido por los mexicanos fuera de la República, serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, siempre que se registren en la oficina respectiva del Distrito o de los Territorios Federales". (Art. 51).

17.—*Rectificación de las actas del Registro Civil.*—Este es uno de los temas más importantes y de gran utilidad en la práctica profesional. De acuerdo con el artículo 135 de nuestro Código Civil vigente, sólo puede rectificarse un acta del estado civil por dos causas: a) Por falsedad, alegando que el suceso registrado no pasó y b) Por enmienda, es decir, porque se haya cometido un error u omisión en el acta.

"Puede ocurrir, sin embargo, que el acta haya sido formada erróneamente (un nombre o una fecha fueron escritos equivocadamente) que en ella se haya incurrido en una omisión, que contenga una enunciación que no debió ser acogida. Puede suceder también que una declaración que debía hacerse no haya sido hecha de modo que no hay acta (ejemplo: un nacimiento, una muerte no fue declarada). Puede ocurrir finalmente que el registro debidamente firmado haya sido destruido en el doble original o que páginas del mismo se hayan sustraído o hecho ilegibles. En todos estos casos ha pensado el legislador, dictando disposiciones minuciosas y precisas y distintas según los casos. Hay que distinguir las hipótesis de errores, inexactitudes y otras irregularidades, puesto que aquí se trata de mera rectificación o corrección del acta de aquellas otras de extracción, extravío, mutilación de los registros o sus hojas. La hipótesis intermedia de acta que, debiendo ser formada no se formó, es atraída por la primera hipótesis, ya que el acta que se forma tardíamente es concebida como rectificación de las actas del estado civil.

La reparación de los errores u omisiones materiales en que haya incurrido el interesado en su declaración o el oficial en la redacción del acta, no puede hacerse sino mediante un procedimiento especial de rectificación". (Ruggiero, *ob. cit.*, v. I, pág. 426).

Es frecuente en México solicitar la rectificación de los nombres de pila, por el simple deseo de cambiarlos, sin que haya ningún error. Esta práctica es indebida, pues la ley sólo autoriza la rectificación en los dos casos citados. El error en el apellido sí es motivo de rectificación. Sobre el particular se expresa así Planiol (*ob. cit.*, págs. 259-260):

"Casos en que es procedente.—Hablando propiamente, rectificar una acta es hacer en ella cambios adicionales o supresiones para concordarla con la verdad. La rectificación supone, pues, que existe una acta inscrita en los registros y que se modifica. Los casos en que es necesaria la rectificación son los siguientes: 1º Cuando el acta es incompleta por no contener todos los datos necesarios.

Deben hacérsele una o varias adiciones. (Trib. Bordeaux 13 de may. de 1931. Gaz. París, 13 de jun.). 2º Cuando el acta es inexacta. Puede ser que los nombres no estén bien escritos o que contengan datos falsos; poco importa que el acta sea inexacta por error o conscientemente; en todo caso, procede la rectificación (Trib. de Toulouse, 6 de jul. 1927. La Loi, 29 agosto). Entran en esta categoría las rectificaciones que resultan de un cambio de nombre autorizado por decreto. 3º Cuando el acta contiene datos prohibidos procede ordenar la supresión de éstos. Tales son los únicos casos verdaderos de rectificación..." "Objeto habitual de las rectificaciones.—Casi todas las demandas de rectificaciones tienen por objeto la ortografía de un nombre mal escrito, o de apellidos inexactos u olvidados. Son necesarias cuando se trata de establecer la identidad de un individuo, cuando la persona mal designada desea servirse de los documentos que se refieren a ella. Algunas veces se inspiran en la vanidad: la omisión de la partícula De, que un prejuicio popular no motivado considera como una marca infalible de nobleza, ha provocado muchas demandas de este género. (Dijon, 24 mar. 1859. S. 59. 2. 497; Trib. de Loudum, 10 may. 1867. D. 69. I. 414. S. 69. I. 308; Cas., 25 de oct. 1905 D. 1906. I. 337)". "Rectificación que implica una cuestión de estado.—La corrección solicitada no siempre es una simple rectificación de escritura. Así, a veces en el acta de nacimiento se inscribe un niño como hijo de padres desconocidos, y éste pretende ser hijo legítimo de dos personas que designa. Si prospera su reclamación debe reformarse el acta de nacimiento, pero no se tratará de una mera rectificación. En efecto, su demanda en el fondo es una reclamación de estado (Supra, Nº 435)".

Art. 134.—La rectificación o modificación de un acta del estado civil no puede hacerse sino ante el Poder Judicial y en virtud de sentencia de éste, salvo el reconocimiento que voluntariamente haga un padre de su hijo, el cual se sujetará a las prescripciones de este Código.

Art. 135.—Ha lugar a pedir la rectificación:

I.—Por falsedad, cuando se alegue que el suceso registrado no pasó;

II.—Por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre u otra circunstancia, sea esencial o accidental.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA 1965

18.—"*Registro Civil. Rectificación del nombre en el acta de nacimiento para ajustarla a la realidad social.*—Aun cuando en principio, el nombre con que fue registrada una persona es inmutable, sin embargo, en los términos de la fracción II del artículo 135 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, es procedente la rectificación del nombre en el acta de nacimiento, no solamente en caso de error en la anotación, sino también cuando existe una evidente necesidad de hacerlo, como en el caso en que se ha usado constantemente otro diverso de aquel que consta en el registro y sólo con la modificación del nombre se hace posible la identificación de la persona; se trata entonces de ajustar el acta a la verdadera realidad social y no de un simple capricho, siempre y cuando, además, esté probado que el cambio no implica actuar de mala fe, no se contraría la moral, no se defrauda ni se pretende establecer o

modificar la filiación, ni se causa perjuicio a tercero". (Tesis 296 de la última compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 901).

CAPITULO IV

DEL DOMICILIO

1.—*Concepto general.*—El domicilio es un atributo más de la persona. Se define como el lugar en que una persona reside habitualmente con el propósito de radicarse en él. De esta definición se desprenden dos elementos: 1º—La residencia habitual o sea, el dato objetivo susceptible de prueba directa, y 2º—El propósito de establecerse en determinado lugar o sea, el dato subjetivo que no podemos apreciar siempre mediante pruebas directas, pero que sí es posible comprobar a través de interferencias y de presunciones. Coviello, *ob. cit.*, pág. 191.

En la doctrina se discute cuáles deben ser los elementos del domicilio. Tradicionalmente, el domicilio se ha definido como el lugar de residencia habitual por constituir el hogar y morada de la persona. Aun cuando el dato objetivo es en sí bastante, en algunos casos las personas pueden tener al mismo tiempo dos residencias habituales: a).—Por la naturaleza de sus ocupaciones; b).—Por vínculos de familia, y c).—Por otras causas.

Sería difícil en un momento dado precisar en dónde se halla la residencia habitual de la persona, cuando ésta divide su tiempo en diferentes lugares. Por esto el dato objetivo no siempre es suficiente.

Actualmente, nuestro derecho considera que además del dato objetivo debe existir el propósito de radicarse en un cierto lugar, para que éste se considere como la residencia habitual y, por lo tanto, pueda servir para determinar las múltiples consecuencias jurídicas que se derivan del domicilio.

El artículo 29 estatuye:

"El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar donde se halle".

Según el propio precepto, toda persona debe tener domicilio y si llegasen a faltar los dos elementos esenciales, objetivo y subjetivo, la

ley considera que el domicilio será el lugar donde radique el centro principal de sus negocios, y si tampoco pudiésemos determinar éste, el domicilio será entonces el lugar donde se encuentre.

Planiol, *ob. cit.*, t. I, págs. 270 a 292.

2.—*Diferencia entre domicilio y residencia.*—El concepto de domicilio es fundamental en el derecho. Conviene diferenciarlo de la residencia. Se entiende por residencia la estancia temporal de una persona en un cierto lugar, sin el propósito de radicarse en él. En este caso el derecho no toma en cuenta la residencia para atribuirle los efectos que después veremos se aplican al domicilio. Sin embargo, la ley no pasa por alto este concepto, de tal manera que sí tiene efectos jurídicos. La residencia puede servir, por ejemplo, para hacer notificaciones judiciales e interpelaciones. La residencia también se toma en cuenta para levantar determinadas actas del registro civil, por ejemplo, el acta de defunción.

En cambio, desde el punto de vista jurídico, el domicilio, es el centro al cual se refieren los mayores efectos jurídicos. Sirve de base para determinar la competencia de los jueces y la mayor parte de los actos civiles, asimismo, el domicilio es lugar normal del cumplimiento de las obligaciones y también del ejercicio de los derechos políticos o civiles. En tanto que el domicilio es permanente, la residencia es temporal; por otra parte, el domicilio se impone por la ley a determinadas personas; en cambio, la residencia no es impuesta por la ley.

Messineo, *ob. cit.*, t. II, págs. 134 y 135.

Reconocen todos los autores como concepto fundamental el de que el domicilio es la morada habitual, y ésta implica necesariamente el propósito de radicarse con permanencia en un sitio. Justamente el origen de la palabra domicilio significa morada, "domus"; sin embargo, como puede presentarse el problema de que una persona no tenga residencia habitual con el propósito de vivir en un sitio determinado; es menester resolver la cuestión jurídica que se presenta para esta clase de sujetos. Como el domicilio es un atributo de la persona, es decir, una medida necesaria para centralizar un sinnúmero de consecuencias jurídicas, para referir a un sitio el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de las obligaciones, la competencia del juez, el lugar para hacer notificaciones, emplazamientos, etc., la ley tiene que definir el domicilio cuando faltan estos elementos reales y de los que se desprende el domicilio que podemos considerar ordinario. Es así como el artículo 29 considera que a

falta de esos elementos, el domicilio de una persona será el lugar en donde tenga el principal asiento de sus negocios.

Las razones que ha tenido el artículo 29 son las siguientes: 1º—El domicilio tiene principalmente consecuencias de tipo patrimonial, 2º—Sirve para fijar el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones, 3º—Para determinar la competencia, 4º—Para la radicación del juicio sucesorio tanto en las testamentarias como en los intestados, pues se toma en cuenta el último domicilio del difunto. 5º—Por último, es juez competente para conocer del concurso de acreedores, el del domicilio del deudor.

3.—*Características generales del domicilio.*—Podemos encontrar cierta analogía entre el domicilio y el patrimonio, para formular premisas semejantes en el sentido de que 1º—Toda persona debe tener un domicilio; 2º—Las personas sólo pueden tener un domicilio; 3º—Sólo las personas pueden tener domicilio, y 4º—El domicilio es transferible por herencia. Por esto el derecho considera que no hay persona sin domicilio. Para los efectos legales, aun cuando falten los elementos que desde el punto de vista real o de hecho podrían determinar el domicilio, la ley lo fija en un cierto lugar, aquel en donde se encuentra la persona.

Además, hay domicilios llamados legales para determinados sujetos, como los menores, enajenados, los militares, los funcionarios públicos, etc., en estos casos no es menester que exista la residencia habitual o el principal asiento de los negocios, pues el derecho, por otras razones determina imperativamente el domicilio, contrariando una situación objetiva que pudiera servir de base para fincar en otro lugar el domicilio real de esa persona; pero por la situación jurídica, por el estado de incapacidad, por el estado civil del matrimonio, por razón de los servicios que se presten, el sistema jurídico prescinde del domicilio real e impone el legal. En cambio, en el problema que analizamos, existe la necesidad de dar a la persona un domicilio por falta de residencia habitual o del principal asiento de sus negocios. A falta de los mismos, el lugar en donde se encuentre la persona, será su domicilio legal, en rigor.

4.—*Domicilio de las personas morales.*—Conforme al artículo 33 del Código Civil: "Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración. Las que tengan su administración fuera del Distrito o de los Territorios Federales, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de las mencionadas circunscripciones, se considerarán domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado, en lo que a esos actos se refiera". Para el caso de diversas administraciones en

distintos lugares, deberá atenderse al domicilio determinado en el acta y escritura constitutiva de la persona moral y, si no se hubiere hecho tal determinación, a aquel en que se encuentre la administración principal y si varias lo fueren, a la de origen, exceptuándose los casos especiales que regula el Código, pues tal principio debe aceptarse en términos generales, y no para el supuesto de actos jurídicos ejecutados dentro de una cierta entidad, ya que para tal hipótesis, se considerará como domicilio de la persona moral el lugar de ejecución de tales actos. Si hubiere varias administraciones en distintas entidades de la República o en el extranjero, es jurídico, por razones prácticas, reputar como domicilio de la persona moral el del lugar en que se tenga que ejercitar algún derecho en contra de la misma, si en él tuviere administración.

5.—*Domicilio convencional.*—En el cumplimiento de las obligaciones, el domicilio convencional tiene gran importancia, pues el artículo 2082 parte de la base de que el pago se hará preferentemente en el lugar convenido y a falta de estipulación en ese sentido, en el domicilio del deudor. En consecuencia, el domicilio convencional "es el que se tiene derecho de designar para el cumplimiento de determinadas obligaciones" (art. 34). Además, el domicilio convencional para el pago tiene también efectos en cuanto a reputar como juez competente al del lugar que el deudor hubiere señalado para ser requerido judicialmente para el cumplimiento de la obligación. Esta competencia se extiende también para los casos de rescisión o nulidad del contrato respectivo (Art. 156 fracciones I y II del Código de Procedimientos Civiles).

6.—*Naturaleza del domicilio.*—Trataremos del problema que en la doctrina moderna se ha suscitado respecto a la naturaleza del domicilio. En la teoría tradicional se consideró siempre al domicilio como un lugar determinado en donde la persona radica de manera permanente y, por lo tanto, sirve para poder identificarla centralizando sus relaciones jurídicas en un punto especialmente fijo. Es así como el domicilio ha sido el lugar de residencia habitual de una persona con el propósito de establecerse en él. El derecho toma en cuenta este lugar de permanencia para establecer consecuencias jurídicas importantes, pero no para crear una relación jurídica entre la persona y el lugar. Las consecuencias de derecho que tradicionalmente se han imputado al domicilio comprenden todas aquellas manifestaciones a través de las cuales es posible determinar un lugar para el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de las obligaciones, la realización de ciertos actos jurídicos, la competencia de jue-

ces o de otros órganos del Estado, la circunscripción territorial que habrá de comprender cierta actividad de la persona o del órgano estatal, etc., etc.

Refiere Planiol en su *Tratado Elemental de Derecho Civil* que tanto Aubry y Rau como Zachariae sustentaron la tesis novedosa de que el domicilio es una relación jurídica existente entre la persona y un lugar determinado. Esta idea la tuvo Zachariae debido a que el artículo 102 del Código Civil francés determina que "el domicilio de los franceses está en el lugar donde tienen su principal establecimiento". De aquí dedujo que el domicilio se halla en un lugar, pero que no es el lugar. Que en tal virtud debe ser algo distinto, afirmando que debe considerarse como la relación jurídica existente entre la persona que habita en un lugar determinado y este último. La tesis nos recuerda la doctrina sustentada por Baudry-Lacantinerie respecto a la naturaleza jurídica de los derechos reales, o sea, que estos derechos implican una relación jurídica directa e inmediata entre una persona y una cosa. Tratándose del domicilio también se pensó por los autores al principio mencionados que hay una relación jurídica directa e inmediata entre la persona y una cosa, o sea el lugar donde reside habitualmente.

Es evidente que las relaciones jurídicas nunca pueden establecerse entre personas y cosas. Toda relación de esta especie no es otra cosa que la articulación de todos los elementos simples que concurren en el proceso jurídico: personas, objetos de derecho, supuestos jurídicos y consecuencias de derecho. Idealmente se van vinculando los distintos elementos simples que se encuentran potencialmente enunciados en la norma jurídica, merced a la realización de un supuesto de derecho que pone en movimiento todo el mecanismo normativo.

7.—*Efectos del domicilio en general.*—Uno de los temas más importantes por sus efectos prácticos, es el relativo a determinar las consecuencias jurídicas del domicilio, que podemos concretar en los términos siguientes:

1ª—Determina el lugar para recibir comunicaciones, interpelaciones, y notificaciones en general. De acuerdo con el artículo 114 del Código de Procedimientos Civiles, deben hacerse las notificaciones personales en el domicilio de los litigantes, agregando el 117 que si se tratare de la notificación de la demanda, el notificador debe cerciorarse de que el demandado vive en el lugar señalado, asentando razón de este hecho. Para las interpelaciones, o sea, los actos por virtud de los cuales el acreedor intima al deudor para que pague, también rige el domicilio de este último como lugar en donde deberá practicarse la diligencia.

2ª—El domicilio determina también, según ya lo hemos dicho, el lugar de cumplimiento de las obligaciones de acuerdo con el artículo 2082 del Código Civil.

3ª—El domicilio determina la competencia de los jueces en la mayoría de los casos. Conforme al artículo 156 del Código Procesal: "Es juez competente: IV.—El del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles, o de acciones personales o del estado civil. Cuando sean varios los demandados si tuvieren diversos domicilios, será competente el Juez del domicilio que escoja el actor. V.—En los juicios hereditarios, el Juez en cuya comprensión haya tenido su último domicilio el autor de la herencia; a falta de este domicilio, lo será el de la ubicación de los bienes raíces que forman la herencia, y si estuvieren en varios distritos, el Juez de cualquiera de ellos a prevención, y a falta de domicilio y bienes raíces, el del lugar del fallecimiento del autor de la herencia. Lo mismo se observará en casos de ausencia; VII.—En los concursos de acreedores el Juez del domicilio del deudor; VIII.—En los actos de jurisdicción voluntaria el del domicilio del que promueve, pero si se tratare de bienes raíces, lo será el del lugar en que estén ubicados; IX.—En los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados, el juez de la residencia de éstos, para la designación de tutor y en los demás casos el del domicilio de éste; X.—En los negocios relativos a suplir el consentimiento de quien ejerce la patria potestad, o impedimentos para contraer matrimonio, el del lugar en donde se hayan presentado los pretendientes; XI.—Para decidir las diferencias conyugales y los juicios de nulidad de matrimonio, lo es el del domicilio conyugal; XII.—En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado".

Tratándose de acciones reales sobre bienes inmuebles, ya no es el domicilio del demandado el que determina la competencia del Juez, sino se atiende a la ubicación de la cosa (Art. 156 frac. III). También cabe una especie de domicilio convencional para los efectos de la competencia del Juez en los términos de la fracción II del artículo invocado, que dice así: "Es juez competente: el del lugar señalado en el contrato para el cumplimiento de la obligación". Tanto en este caso como en el anterior, surte el fuero, no sólo para la ejecución o cumplimiento del contrato, sino para rescisión o nulidad". Además, la fracción I del mismo precepto también permite otorgar competencia al juez del lugar que el deudor hubiere designado para ser requerido judicialmente de pago. Cabe, por lo tanto, hablar en estas dos últimas hipótesis de un domicilio convencional para los efectos del derecho procesal.

Para el derecho de familia tiene, por consiguiente, gran importancia la determinación del domicilio en relación con la competencia del juez, pues de acuerdo con el precepto transcrito, todo lo relacionado con los juicios sobre nulidad del matrimonio y diferencias conyugales, así como con el divorcio, se tramitará ante el juez del domicilio conyugal. También podemos generalizar la norma relativa a la tutela para considerar que los asuntos relacionados con la misma, con la patria potestad y con la filiación, deben ser de la competencia del juez del domicilio del tutor o de quien ejerza la patria potestad.

4ª—El domicilio determina el lugar en que habrán de practicarse ciertos actos del estado civil.

5ª—Por último, el domicilio viene a determinar el lugar de centralización de todos los intereses de una persona en los casos de quiebra, concurso o herencia. En estos juicios universales se toma como base el domicilio del quebrado o concursado y el último del autor de la herencia, con las salvedades que establece para este último caso la fracción V del artículo 156 del Código Procesal. En estos casos se trata de sistemas generales de liquidación patrimonial por causa de insolvencia o de muerte y, por lo tanto, el domicilio del afectado o del de cujus viene a desempeñar la función de constituir el centro de referencia al cual convergen todos los intereses patrimoniales a fin de establecer la competencia del juez y las demás consecuencias jurídicas que se presenten con motivo de esos intereses en liquidación. Es así como los citados juicios universales desempeñan el papel de ser atractivos de los demás juicios que se promuevan, con las excepciones que en cada caso establezca la ley, como ocurre por ejemplo con motivo de los juicios hipotecarios o prendarios.

En los juicios sucesorios se produce el efecto atractivo respecto de las acciones de petición de herencia, las que se enderecen contra la sucesión antes de la partición y adjudicación de los bienes y las de nulidad, rescisión y evicción de las particiones hereditarias.

Para los concursos estatuye el artículo 739 del Código de Procedimientos Civiles, en su fracción VIII, que se acumularán a los mismos todos los juicios que se tramiten contra el concursado exceptuándose los juicios hipotecarios que estén pendientes y los que se promuevan después, así como los que hubieren fallado en primera instancia; éstos se acumularán una vez que se decidan definitivamente. También se exceptúan de la acumulación los juicios que se tramiten por créditos prendarios.

CAPITULO V

DEL NOMBRE

1.—*Historia del nombre.*—Transcribiremos a continuación el estudio que hace Planiol respecto al origen del nombre y la organización de este atributo de la persona, en la costumbre del pueblo romano.

El nombre, en los pueblos primitivos, era único e individual: cada persona sólo llevaba un nombre y no lo transmitía a sus descendientes. Este uso sobrevivió por mucho tiempo, en algunos pueblos, principalmente en los griegos y hebreos. En cambio, los romanos poseían un sistema de nombres sabiamente organizado, pero que no es conveniente explicar aquí por ser demasiado complicado (véase Henri Michel, *Le droit de cité romaine; Marouardt et Mommsen, Manuel des antiquités romaines,* t. XIV, pp. 9-33). Sus elementos eran el nomen o gentilitium llevado por todos los miembros de la familia (gens) y el praenomen, o nombre propio de cada individuo". (Planiol, *ob. cit.,* t. I, pág. 199).

"Por lo general, el dato de identidad de la persona está constituido por el apellido (o nombre patronímico), acompañado del nombre (nombre de pila), o sea, por lo que la ley llama, comprensivamente, el nombre; el nombre es el punto de referencia de un conjunto (por lo general, largo y de difícil recuerdo) de datos, por los que se describe y, por consiguiente, se individualiza a la persona: al referirse al nombre (apellido y nombre de pila) se entiende referirse, precisamente, de manera abreviada, a ese conjunto". (Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954, t. II, pág. 92).

2.—*El nombre como derecho subjetivo.*—El derecho al nombre es un derecho subjetivo de carácter extrapatrimonial, es decir, no es valorable en dinero, ni puede ser objeto de contratación. Se trata de una facultad jurídica que no es transmisible hereditariamente y que no figura dentro del patrimonio del difunto. Podemos considerar que este derecho no depende de la vida de la persona, pues el nombre patronímico pertenece a una familia y, por lo tanto, no está referido exclusivamente a la existencia de un individuo. Desde este punto de vista podría tratarse de un derecho que sobrevive a la persona, pero esta supervivencia no está en función de la misma, sino de la familia, por cuanto que ésta existe como entidad o grupo independiente de la vida de sus miembros. Es por esto que el nombre viene de generación en generación, pero no por efecto de una transmisión hereditaria, sino como consecuencia de un atributo común a un conjunto de miembros que integran lo que desde el punto de vista social y jurídico constituye la familia. Esta posibilidad

de supervivencia del nombre, a la muerte de un determinado miembro de la familia, no es característica de su transmisión hereditaria. Por otra parte, el nombre no implica una facultad de orden patrimonial; no podemos decir que tiene un valor en dinero, que forma parte del activo de las personas, que pueda ser objeto de embargo o secuestro, así como materia de enajenación o venta por acto jurídico. Todas estas posibilidades se niegan al nombre, de aquí que *quede caracterizado como una facultad jurídica extrapatrimonial.* Por otra parte decimos, el nombre se confiere en el momento en que nace la persona, de aquí que sea una facultad inherente a la misma, que no le corresponde por herencia, sino que el derecho le atribuye en su calidad de tal, independientemente del problema jusnaturalista relativo a la "eminente calidad de la persona humana", para su debida individualización y tutela por el derecho objetivo.

"Error de la doctrina común. ¿Es el nombre objeto de un derecho de propiedad? La jurisprudencia admite que el nombre patronímico es propiedad de la familia que lo lleva (Cas. 16 mar., 1841, D. 41 1.210, S. 41. 1.532; Cas. Civ. 25 oct. 1911, D. 1912, 1.208, S. 1912. 1.95). Algunas veces se ha tratado de demostrar en regla esta idea, pero nunca se ha logrado ni se logrará jamás, pues la doctrina de la propiedad del nombre es doblemente falsa: lo es desde el punto de vista teórico y desde el punto de vista histórico. El derecho de propiedad es la atribución exclusiva de una cosa o una persona. La existencia de este derecho supone que la cosa que constituye su objeto es de tal naturaleza, que no puede pertenecer al mismo tiempo a varias personas, cada una de las cuales se aproveche íntegramente de aquélla... Pero no es así, tratándose de las cosas inmateriales y especialmente del nombre. Dos personas, y aun un gran número, pueden llevar a la vez el mismo nombre, y cada una de ellas obtener todas las ventajas y las comodidades que el nombre es susceptible de producir. No es necesaria la prueba de que esto es posible. El error de esta tesis no es menor desde el punto de vista histórico. El origen de los nombres de las personas es absolutamente contrario a la idea de propiedad. Todos los nombres se han tomado del fondo común de la lengua y de la historia; son nombres de cualidades, de profesiones y de nacionalidades, o bien de un personaje piadoso o célebre dado a un hijo por su padre, para brindarle un patrón o modelo: el nombre no es una cosa apreciable. *Verdadera naturaleza del nombre.* Por otra parte, singular sería la propiedad del nombre, pues para la persona que lo lleva más bien es una obligación que un derecho. Los partidarios de la doctrina de la propiedad del nombre dirigen frecuentemente a sus adversarios el reproche de demoler sin reedificar; afirman que dicen lo que no es el nombre, sin indicar lo que es. Fácil es empero responder. *El nombre es una institución de policía civil, es la forma obligatoria de la designación de las personas;* pero no es un objeto de propiedad como tampoco lo son los números de matrículas; no es enajenable, la ley no lo pone a disposición de quien lo lleva, y más que en interés de ésta lo establece en interés general". (Planiol, *ob. cit.,* t. I, págs. 207-208).

3.—*Naturaleza jurídica de este derecho subjetivo.—El nombre cumple una función de policía administrativa para la identificación de las personas y desde el punto de vista civil constituye una base de diferenciación de los sujetos para poder referir a ellos consecuencias jurídicas determinadas;* tanto en el Registro Civil como en el Registro Público de la propiedad, se imputan derechos o se determinan situaciones jurídicas en función del nombre. Es así como el derecho objetivo atribuye esta calidad simplemente para poder hacer la diferenciación de las personas, su identificación individual, e introducir una medida de orden para evitar controversias que de otra manera se presentarían, si no se pudiesen identificar los derechos en relación con sujetos determinados.

En relación con este problema, se presenta el relativo a determinar si el nombre en verdad implica un derecho subjetivo o bien si es una cualidad de la persona que no trae consigo facultad jurídica alguna.

En el tema anterior transcribimos la opinión de Planiol que rechaza la tesis de que el nombre atribuya un derecho de propiedad; nos referimos al nombre patronímico que ligado al nombre individual o de pila determina en cada sujeto su identificación personal. Ahora bien, si el nombre no otorga un derecho de propiedad, confiere, en general, un derecho subjetivo. En la definición corriente del derecho subjetivo como facultad reconocida por la norma para hacer u omitir algo, el nombre no quedaría caracterizado directamente como facultad para hacer algo, pero sí para impedir que otro lo use. No es que el nombre nos conceda una facultad jurídica de acción, sino tan sólo una autorización para impedir que otro interfiera en nuestra propia esfera jurídica y en nuestra persona misma; por esto existe el deber general para respetar el nombre y está sancionado el uso indebido del mismo, que puede llegar a implicar un delito de falsedad atribuyéndose una calidad o nombre, dice la ley, que no correspondan al sujeto, con el fin de defraudar o causar daño.

"El nombre no puede considerarse ni como un derecho de propiedad, ni como un derecho patrimonial cualquiera; porque el nombre no es un objeto exterior a la persona, ni tiene por sí valor patrimonial; es por el contrario un derecho de índole esencialmente personal. La persona, en cuanto es tal, no debe confundirse con otras, ni en el bien ni en el mal, y por eso tiene derecho a conservar aquel signo que según los usos sociales se reputa idóneo para mantenerla distinta. Derívase de aquí que es un derecho inalienable e intransmisible, e incapaz de otros modos de adquisición, fuera de los originarios. Del fin práctico propio de él, se infiere que, una vez adquirido, no puede cambiarse arbitrariamente; de otro modo, lo que debe servir para diferenciar, resultaría fuente inagotable de confusiones. De aquí que el derecho al nombre, además de tener importancia en las relaciones de derecho privado, la tiene también en las de derecho público: además de ser un derecho, es también un deber, porque el inte-

rés público exige que una persona no se confunda con otra". (Coviello, *ob. cit.*, pág. 187).

Queda por lo tanto clasificado el nombre, no dentro de las facultades jurídicas que implican la posibilidad de interferencia en una esfera jurídica ajena mediante la ejecución de actos autorizados por la norma, sino dentro de aquel grupo de derechos subjetivos que consisten en impedir que otro sujeto interfiera en nuestra esfera jurídica, en nuestra conducta, en nuestra persona.

"El que tiene derecho a un nombre civil, puede usarlo en todas las manifestaciones de su actividad, y puede excluir de su uso a cualquiera otro que a él no tenga derecho. Con ese fin, puede comparecer en juicio, ya para hacer que cesen las molestias o perturbaciones que otro le causa, ya para impedir que se use ilegítimamente. La primera acción puede llamarse acción de reclamación del nombre, y la segunda, acción de contradicción del mismo". (Coviello, *ob. cit.*, pág. 188).

En el nombre tenemos la facultad de impedir que otro interfiera en nuestra persona misma y en nuestra esfera jurídica, garantizada por dicho atributo. El uso indebido del nombre se traduce necesariamente en la invasión de otros derechos del sujeto; cuando alguien se pretende atribuir un nombre que no le corresponde, generalmente es para ejercer un derecho ajeno, de manera que el ataque se manifiesta desde dos puntos de vista: primero, por el uso indebido del nombre, que implica en sí la violación de un derecho subjetivo determinado y, segundo, por las consecuencias de ese uso indebido, al ejercer derechos ajenos, derechos que corresponde a un sujeto distinto.

"Como función accesoria, el derecho al apellido tiene la de impedir que otro se atribuya la pertenencia a una familia, por el hecho de llevar su apellido (que no le corresponde). Por tanto, el apellido es una entidad reconocida por el ordenamiento jurídico, el cual, además de disponer que los pertenecientes a determinada familia tienen derecho a llevar aquel apellido, establece que las violaciones de ese derecho, por parte de terceros, son perseguibles también civilmente.

De manera que se puede afirmar que existe incluso un deber jurídico de llevar el propio nombre (apellido)." (Francesco Messineo, *ob. cit.*, págs. 6 y 7).

4.—*El nombre como interés jurídicamente protegido.*—Desde otro punto de vista podemos también estudiar esta naturaleza jurídica del nombre como derecho subjetivo, aplicando las ideas de Ihering; este autor sostiene que los *derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos.*

Es indudable que el nombre encaja en esta definición, porque no sólo cumple las finalidades personalísimas del sujeto y se le protege en función de sus intereses individuales, sino también representa intereses generales que es necesario proteger. Las medidas de seguridad y de orden íntimamente ligados con la determinación de las personas, sobrepasan los intereses personales del sujeto. *Para el derecho penal, el nombre tiene una función de orden público: para la policía el nombre es un medio necesario de identificación;* para el Registro Público de la Propiedad el nombre es indispensable para poder hacer el registro de las propiedades o de los derechos reales; lo mismo podemos decir para el Registro Civil y en general para que se puedan determinar los actos jurídicos de las personas. Piénsese por un momento qué sucedería si no tuviésemos nombre y apellido, ¿cómo referir al sujeto derechos y obligaciones, cómo identificarlo? De manera que este interés, indispensable en todo ordenamiento jurídico, encaja perfectamente en la definición de Ihering, se trata más que de un interés subjetivo, de un interés objetivo, indispensable en toda regulación jurídica.

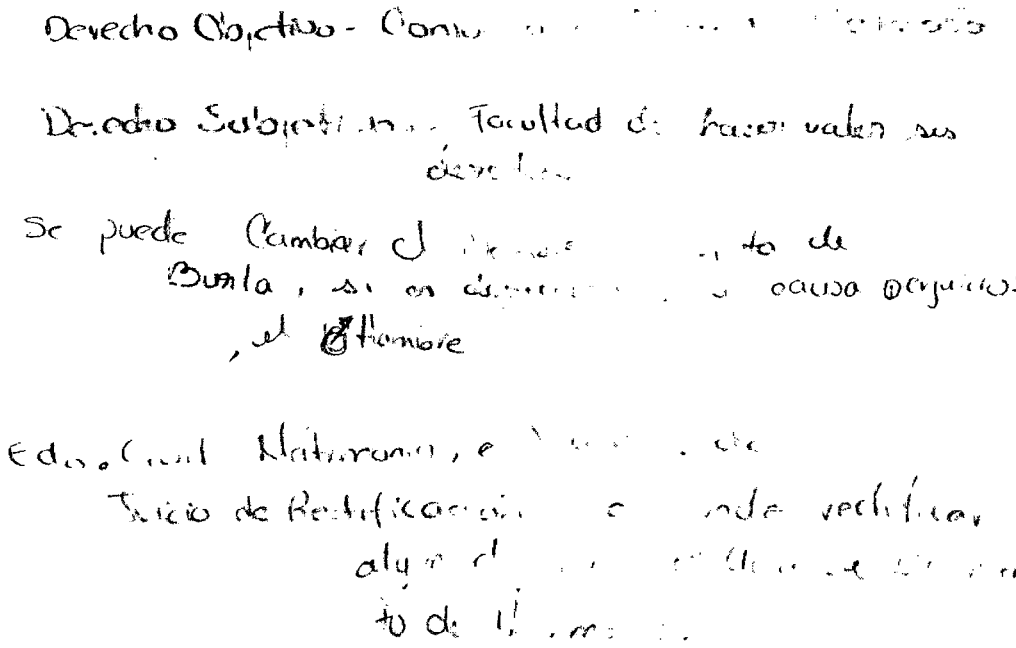
5.—*Transmisibilidad del nombre.*—Desde luego tenemos como dato importante para solucionar este problema, el de que los apellidos, o sea, los nombres patronímicos no se confieren por virtud de la muerte de aquel que aparezca como jefe de la familia, sino que se otorgan a los descendientes de pleno derecho, cuando son legítimos, en el momento de que nacen o posteriormente al ser reconocidos o legitimados.

"El apellido se adquiere solamente a título original: por matrimonio (en nuestro derecho la mujer casada sólo agrega a su apellido el de su marido, con la partícula "de", para indicar su nuevo estado que le otorga el matrimonio), nacimiento, legitimación, reconocimiento, declaración judicial de paternidad o maternidad, adopción, etc. (artículos citados en el n. 1, y arts. 299 y 408). Pero en este último caso, el adoptado añade al de la familia de origen, que conserva, el apellido del adoptante". (Francesco Messineo, *ob. cit.*, t. II, pág. 8).

Por otra parte, en virtud del testamento, no puede transmitirse el apellido a un extraño, ni tampoco puede realizarse el acto de transmisión como consecuencia directa y única del testamento. Si el derecho fuese transmisible hereditariamente, habría la posibilidad de que aquel que tenga un nombre y apellido pudiera transmitirlo y el heredero quedaría autorizado legalmente para usar ese nombre y apellido. Esta consecuencia jurídica desde luego no se presenta en el derecho hereditario; la función del testamento no se refiere sino a la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte y a la decla-

ración y cumplimiento de deberes jurídicos para después de la misma; no queda incluido dentro del objeto del testamento, el transmitir un apellido. Por otra parte, la ley no faculta al heredero para poder cambiar su nombre y apellido por virtud de esa transmisión testamentaria. Todo cambio en el nombre debe ser consecuencia de una declaración judicial, en donde se justifica la razón de ser del mismo, o bien debe presentarse como una modificación del estado civil de las personas, tal como ocurre en los hijos legitimados, en los hijos naturales reconocidos y en los adoptivos. Queda, por consiguiente, eliminada esta posibilidad de que el nombre pudiera transmitirse por sucesión testamentaria.

"Conservación del nombre patronímico de la mujer.—Contrariamente a la opinión vulgar, el matrimonio no hace que la mujer adquiera el nombre de su marido. Nada en la ley supone que el matrimonio implique como consecuencia el cambio de nombre de la mujer, como produce el cambio de nacionalidad. Por otra parte, ninguna razón existe para esto, puesto que el nombre indica la descendencia. Por tanto, el único nombre de la mujer casada es el de su familia, su nombre de señorita, el que recibió de su padre. Con este nombre debe ser designada en los actos civiles o judiciales en que intervenga, y en la práctica, la mayoría de los notarios y otros redactores de actos observan esa regla; lo único que debe hacerse es indicar su estado de casada, haciendo seguir su nombre, por el apellido de su marido". (Planiol, *ob. cit.*, t. I, pág. 204).



SEGUNDA PARTE

DERECHO DE FAMILIA

TITULO I

LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FAMILIA

CAPITULO I

PROBLEMAS LÓGICO, SOCIOLÓGICO Y ÉTICO DEL DERECHO DE FAMILIA

1.—*Enumeración.*—Podemos considerar como problemas fundamentales del derecho de familia, los siguientes: 1º—El problema lógico o de definición; 2º—El sociológico; 3º—El ético; 4º—El político; 5º—El patrimonial; 6º—El teleológico y 7º—El axiológico. Analizaremos sucesimente cada uno de los problemas mencionados.

2.—*El problema lógico.*—Tiene por objeto definir el derecho de familia para fundar su autonomía. Es decir, como en todo problema de definición, procede determinar el género próximo y la diferencia específica. Perteneciendo el derecho de familia a la gran rama que dentro del derecho privado se denomina derecho civil, conviene precisar si existe un parentesco entre el derecho civil patrimonial y el derecho de familia; o bien, si es posible sostener la autonomía de este último.

Roberto de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil,* traduc. de Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijeiro, v. II, págs. 657 y 658.

Desde luego y dentro de la vieja clasificación que distingue el derecho público y el derecho privado, podemos considerar que el derecho

de familia, no obstante las características que después señalaremos, pertenece por entero al derecho privado.

Jorge Jellinek, *Teoría General del Estado,* traduc. de Fernando de los Ríos Urruti, Buenos Aires, 1943, págs. 311 y 312.

Consideramos que el único criterio firme que permita definir si una norma es de derecho público o privado habrá de referirse a la naturaleza de los sujetos cuya conducta jurídica es objeto de regulación. Todas las normas que tienen por objeto estructurar al Estado, definir sus órganos y funciones, las relaciones entre los mismos o con los particulares, así como las que se originen entre los diferentes Estados de la comunidad internacional, tienen que ser normas de derecho público. En una palabra, el derecho público es el derecho del Estado. En cambio, todas las normas que regulan la conducta de los particulares, independientemente del interés en juego o de la igualdad o desigualdad de sus situaciones jurídicas, serán normas de derecho privado, por cuanto que no se refieren en ninguno de sus aspectos a la estructuración jurídica del Estado.

Partiendo de este criterio podemos considerar que el derecho de familia pertenece por entero al derecho privado, no obstante que tutele intereses generales o colectivos, siendo sus normas irrenunciables.

Ubicado el derecho de familia dentro del derecho privado en general, llegamos al centro del problema que consiste en determinar si corresponde al derecho civil regular bajo un mismo sistema de normas tanto los problemas de orden patrimonial que se presentan entre particulares, cuanto los de naturaleza familiar que tienen una especial caracterización, aun cuando tengan, en algunos casos, consecuencias de orden económico.

Evidentemente que para agrupar en la misma rama el derecho civil patrimonial y el derecho de familia, bajo la denominación general de "derecho civil", diferenciando éste del derecho mercantil, del agrario y del obrero, es porque debe existir alguna razón que encuentre mayor parentesco o afinidad entre el derecho civil patrimonial y el derecho de familia, en relación con las otras ramas que acabamos de citar. Por nuestra parte, creemos que no existe tal fundamento y que sólo por razones históricas se ha continuado respetando una clasificación que carece en la actualidad de toda consistencia científica.

Las características del derecho de familia permiten diferenciar esta rama de todo el derecho patrimonial civil, mercantil, obrero o agrario. En estas últimas manifestaciones existe el dato común de que el ordenamiento jurídico regula todo lo relacionado con intereses patrimoniales.

Atendiendo a las características del derecho de familia, tanto por lo que se refiere a su aspecto no patrimonial, cuando por lo que atañe a su carácter de estatuto imperativo, irrenunciable, fuera del campo de la autonomía de la voluntad, e integrando por normas de indiscutible interés público y superior, consideramos que debe separarse del derecho civil patrimonial, para integrar una rama autónoma dentro del derecho privado.

Ruggiero, *ob. cit.*, págs. 661, 664 y 665.

3.—*Definición del derecho de familia según Julián Bonnecase.*— Este autor define el derecho de familia, en los siguientes términos: "Por derecho de familia entendemos el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia". "Dentro de la primera categoría (de las normas jurídicas que organizan la familia) clasificaremos la mayor parte de las reglas relativas al matrimonio, a la paternidad y a la filiación". (Julián Bonnecase, *La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia,* traduc. del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, págs. 33 y 36).

"Si se desea reducir el derecho de familia a límites más estrictos, debe comprender el matrimonio y los regímenes matrimoniales o derecho matrimonial y el parentesco o derecho del parentesco. Pero, no deja de ser legítimo, cuando se quiere comprender el derecho de familia en su conjunto, considerarlo en el sentido amplio del término, tal como lo hemos definido". (Bonnecase, *ob. cit.*, pág. 38).

4.—*Tesis de Antonio Cicu sobre la naturaleza jurídica del derecho de familia.*—El distinguido jurista italiano Antonio Cicu, profesor de derecho civil en la Universidad de Bolonia, ha sustentado una teoría interesante respecto a la naturaleza del derecho de familia, dándole en ciertos aspectos un carácter de derecho público. Sostiene Cicu en su obra denominada *La Filiación* (traducción de Faustino Jiménez Arnau y José Santacruz Teijeiro, Madrid, 1930, Revista de Derecho Privado), que: "El derecho de familia se considera generalmente como una parte del derecho privado; éste suele dividirse en cuatro *especiales*: derechos reales, de crédito, de familia y de sucesión, a las que se antepone una parte general que contiene la exposición de los conceptos y principios comunes a todo el derecho privado. Nosotros, sin embargo, disentimos de esta concepción tradicional, por lo que se refiere al derecho de familia; y creemos que a él no pueden aplicarse los principios y conceptos propios

del derecho privado; que, por consiguiente, debe ser estudiado, expuesto sistemáticamente, fuera del campo del derecho privado". (*Ob. cit.*, pág. 9). Se advierte de la tesis de Cicu que este autor no postula la autonomía del derecho de familia para independizarlo simplemente del derecho civil, pero situándolo dentro del derecho privado, tal como lo hemos sostenido con anterioridad, sino que lleva esa autonomía al grado de separarlo totalmente del derecho privado y colocarlo en una zona intermedia que viene a ser en verdad una zona de frontera con el derecho público.

"Esta diversa posición, traducida al lenguaje jurídico, da lugar a una distinta estructura de la relación jurídica pública y de la privada. Toda relación jurídica reconoce como elementos constitutivos el interés y la voluntad; en efecto, el derecho regula intereses y se actúa mediante voluntades. Ahora bien, en el derecho privado el interés que entra como elemento de la relación es el interés individual propio de cada uno de los individuos que toman parte en la relación, relación que, por consiguiente, se da entre entidades autónomas independientes que persiguen cada una el propio particular interés con libertad de juicio y de voluntad. Tenemos, pues, interés y voluntad distintos y opuestos; y la tutela jurídica de los intereses se actúa mediante la tutela de las voluntades" (Cicu, *ob. cit.*, pág. 11).

Además de las ideas expuestas, Cicu ha tratado extensamente de este problema en su obra: *El Derecho de Familia* (traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947). Al efecto dedica la primera parte de la misma a la comparación entre el derecho familiar y el derecho público, estudiando en el primer capítulo el derecho público y el derecho privado y en el segundo el derecho familiar.

Acepta Cicu colocar el derecho de familia junto al derecho público y no como una rama del derecho privado, pues la característica de esta rama radica en que el Estado actúa como extraño en las relaciones de los particulares, reconociendo al individuo libertad para crear sus relaciones jurídicas y realizar sus propios fines. En cambio, en el derecho público, lo mismo que en el derecho de familia, el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas que se originan entre los distintos sujetos interesados y, además, procura realizar directamente los fines superiores bien sea de la comunidad política o del grupo familiar.

Como conclusión de este interesante estudio, formula Cicu, la siguiente:

"Eróneo y peligroso es, por tanto, servirse en la valoración de las normas de derecho familiar del concepto de normas de orden público como ha venido elaborándose en la ciencia del derecho privado. Puesto que éste tiene su razón de

ser en un interés general y superior que viene a limitar (y no a excluir a priori) la libertad individual; así para decidir si cada norma del derecho de familia es o no de orden público, podría ser necesario indagar caso por caso si concurre un interés general. Para nosotros el interés no general, sino superior, existe siempre; el mismo excluye, y no limita, la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales. Si de jus cogens se quiere hablar, el mismo es tal por la misma razón por la cual se considera tal el derecho público. Concordamos, por consiguiente, sustancialmente con Endemann cuando dice que el carácter de jus cogens de las normas familiares se funda: a) sobre el interés público; b) sobre la intrínseca naturaleza de los hechos del derecho de familia: en otras palabras, decimos nosotros, el mismo se funda sobre la ingerencia que en derecho de familia tiene el Estado y sobre la estructura análoga a la relación de derecho público que tiene la relación de derecho de familia". (*Ob. cit.*, págs. 299 y 300).

5.—*Crítica a la tesis de Cicu.*—De acuerdo con lo que hemos expuesto al principio de este capítulo, consideramos que a pesar de que el derecho de familia tiene las características que señala el civilista italiano y no obstante que también es cierto que el mismo persigue fines supra-individuales, ello no es bastante para concluir que se trata de una rama del derecho público. Es frecuente la confusión que se hace entre normas de interés público y normas de derecho público. Evidentemente que todas las normas de derecho público sí son de interés público, pero no todas las normas de derecho privado se refieren a intereses exclusivamente individuales. En el derecho privado tenemos normas de interés particular y normas de interés público. No sólo el derecho de familia es el único caso en el cual encontramos normas de interés público. También en el derecho civil patrimonial, en el derecho mercantil, en el del trabajo y en el agrario, es constante la existencia de normas de interés general.

Sería proceder de una manera arbitraria el pretender cercenar dentro del conjunto general que implica el derecho civil o el derecho patrimonial, aquellas materias que son de interés general, para situarlas dentro del campo del derecho público, reservando las otras al derecho privado. En realidad con un sistema semejante el derecho privado quedaría integrado por un mínimum de normas y la mayoría de sus preceptos pasaría a integrar el derecho público, y es que, como sostiene atinadamente León Duguit en su *Derecho Constitucional,* todas las normas jurídicas por ser tales, tienen que tutelar intereses generales. Para el célebre publicista francés, es un contrasentido pensar que la norma jurídica garantiza exclusivamente intereses de particulares. Precisamente por ser normas de derecho, es decir, formas de disciplina social que tienen por objeto realizar la interdependencia humana, tienen que vincular

intereses generales, aun cuando exista una mayor o menor predominancia de éstos sobre los intereses particulares.

6.—*El problema sociológico del derecho de familia.*—En esta cuestión trataremos de precisar el tipo de solidaridad que debe realizar el derecho de familia. Según la clasificación de las distintas formas de solidaridad social que presentan los agregados humanos, podemos distinguir: a) solidaridad doméstica; b) solidaridad política; c) solidaridad patrimonial o económica y d) solidaridad internacional.

La clasificación que antecede está formada tomando en cuenta no sólo un punto de vista estrictamente sociológico, sino también jurídico. Es evidente que según sea el criterio del cual se parta, se pueden formar múltiples clasificaciones. Para nuestro problema nos interesa el tipo de solidaridad en relación con el derecho mismo. Además, partimos de datos objetivos, es decir, susceptibles de comprobación directa. Nadie puede discutir la existencia de la familia y del Estado, así como de la comunidad internacional, como formas que respectivamente corresponden a los tipos de solidaridad familiar o doméstica, política o estatal e internacional o universal. Por lo que se refiere a la solidaridad patrimonial o económica, es cierto que no constituye un organismo susceptible de apreciarse en forma directa como ocurre con la familia o el Estado, pero para los efectos del derecho es evidente que se crean en toda comunidad vínculos de naturaleza económica o patrimonial que mantienen formas de interdependencia humana.

Fernando Fueyo Laneri, *Derecho Civil,* t. VI, *Derecho de Familia,* v. I, págs. 17 y 18, Santiago de Chile, 1959.

Desde el punto de vista sociológico podemos decir que el derecho de familia tiene por objeto la organización de la solidaridad doméstica.

El problema sociológico del derecho familiar también se refiere al estudio de las instituciones domésticas desde sus orígenes y a través de la evolución que han presentado en el curso de la historia.

"Es la familia el más natural y el más antiguo de los núcleos sociales. En las organizaciones antiguas (patriarcado), la familia era la sociedad total y única organizada, la esfera social en que el hombre realizaba el derecho. En períodos más avanzados, al formarse una sociedad política compuesta de familias, pierden éstas su carácter de sociedad política, pero no dejan de ser un elemento constitutivo de la ciudad o de la tribu, es decir, un elemento orgánico del Estado. Todavía hay vestigios de este régimen en la familia romana, en la sociedad feudal, etc. En una tercera fase, ampliada y robustecida la sociedad pública, pierde su

importancia política la familia y viene a tener únicamente la consideración de agrupación privada.

Ahora bien; independientemente de estos matices, en todo tiempo ha sido y es la familia, como se ha dicho tantas veces, la verdadera célula de la sociedad, base y piedra angular del ordenamiento social, no sólo porque constituye el grupo natural e irreductible que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones y de los siglos, sino además porque es en su seno donde se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas, las fuerzas y virtudes que necesita, para mantenerse saludable y próspera, la comunidad política. Por esto los antiguos, con frase muy conocida, llamaron al matrimonio *principium urbis et quasi seminarium reipublicae* (Cicerón), y algún jurisconsulto moderno califica a la familia de «lazo elemental el más sólido de la sociedad, laboratorio fecundo de existencias humanas y campo inmediato donde se desarrollan los gérmenes de los vicios y de las virtudes, escuela de moralidad y de costumbres . . . » (Cimbali)." (José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español Común y Foral,* Madrid, 1941, t. III, pág. 436).

Marcel Planiol, *Tratado Elemental de Derecho Civil, Introducción, Familia y Matrimonio,* Puebla, 1946, págs. 304 a 305.

En la evolución de la familia, es interesante el estudio de la solidaridad llamada religiosa, que constituye a su vez la base de la solidaridad doméstica. Los sociólogos están de acuerdo en que existieron las sociedades preestatales, es decir, anteriores al Estado, de tal manera que éste se presenta como un fruto relativamente tardío en la evolución de la humanidad. En estas sociedades preestatales, su organización social descansó fundamentalmente en la solidaridad que impuso la religión como sistema normativo del cual habría de nacer después una solidaridad estrictamente jurídica. Sin embargo, aun cuando la religión vino a ser la base principal en la regulación de la vida individual y colectiva de las primeras comunidades humanas, fundamentalmente en lo que se refiere a la organización de la familia, no podemos desconocer que el derecho también intervino, de tal manera que en verdad se trató de normas jurídico-religiosas. Es decir, el fundamento de estas normas fue de carácter religioso, pero la forma o estructura de las mismas, bajo principios imperativos o prohibitivos dotados de sanción, fue ya jurídica.

El sistema de tabús reglamenta el matrimonio, la filiación, la patria potestad, la propiedad y el derecho penal primitivo. De la creencia que se tiene de que todos los miembros descienden de un mismo totem o antepasado común, que puede ser un animal o planta, se deriva la consecuencia lógica de que son hermanos entre sí. Ahora bien, desde los primeros tiempos existió el tabú que prohibe el incesto, o sea la unión matrimonial entre los miembros de la misma tribu que se reputan

hermanos. De aquí que el matrimonio tuviera que celebrarse entre hombres y mujeres pertenecientes a grupos distintos. Explica José Kohler en su *Filosofía del Derecho,* que una de las formas primitivas fue la del matrimonio por grupos, pero no en forma individual, sino colectiva. Es decir 10 hombres del Clan *A* se unían con 10 mujeres del Clan *B,* estableciéndose una promiscuidad relativa, por cuanto que se limitaba a los individuos vinculados por el matrimonio colectivo. Como cada mujer del Clan *B* tenía acceso con los 10 hombres del Clan *A,* se ignoraba la paternidad y, por lo tanto, la filiación se determinó por virtud de la madre, adquiriendo el hijo las costumbres y condición jurídica de ésta. Además, la madre no salía de su propio clan, permaneciendo el hijo con ella, lo que originó consecuencias en la forma de potestad familiar. Eran la propia madre en la ginecocracia, o el tío materno en el matriarcado, quienes ejercían la potestad sobre los hijos y la autoridad por lo tanto en la familia. El padre por ser desconocido, quedaba excluido. He aquí cómo un tabú de carácter religioso, en cuanto al origen de los miembros de la tribu, originó consecuencias en el matrimonio, la filiación y la potestad doméstica. Por esto consideramos que en realidad se trata de normas jurídico-religiosas, con una especial sanción, dado que el Estado no ha nacido y, por lo tanto, no podemos pensar en una coacción administrada por algún órgano estatal.

Eugenio Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano,* págs. 92 a 94.
Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954, t. III, pág. 29.

En el derecho moderno la familia está integrada exclusivamente por los parientes consanguíneos (excepcionalmente puede comprender al hijo adoptivo), pero aun dentro de los mismos existe una limitación. En su sentido amplio, la familia comprende en general a todos los que descienden de un antepasado común, para abarcar a los parientes en línea recta y en línea colateral, hasta determinado grado que el derecho en cada caso va precisando. Por ejemplo, en el Código Civil de 1884, se reconocía el parentesco colateral hasta el octavo grado. En el Código vigente sólo hasta el cuarto grado para los efectos hereditarios.

La familia en sentido estricto comprende en realidad sólo a los padres e hijos, entretanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia.

En el parentesco por adopción, como el adoptado adquiere la situación jurídica de un hijo, con todos los derechos y obligaciones de tal, queda incorporado a la familia del adoptante.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, podemos concluir que la familia en el derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además, de manera excepcional, el parentesco por adopción.

Kipp y Wolff, *Derecho de Familia, Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp y Wolff, t. IV, v. I, de la traduc. de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas, págs. 2, 3, 5 y 6.

Planiol, *ob. cit.*, págs. 305 a 306.

7.—*El problema ético del derecho de familia.*—En este problema se trata de determinar la influencia de la moral en la organización jurídica de la familia. Debe distinguirse del problema relativo a diferenciar el derecho de la moral, pues el que ahora planteamos, consiste, admitiendo esa diferenciación, en precisar la intervención que tiene la moral en las diversas instituciones del derecho familiar. Partimos, por consiguiente, de la distinción que ya hemos precisado entre los dos sistemas normativos a que nos venimos refiriendo, pero, no obstante esa separación, es de gran importancia determinar en qué sentido influye la moral en el derecho objetivo que organiza la familia. Podemos decir que dos grandes ramas en el derecho están influenciadas por la moral: el derecho penal y el derecho de familia; en los demás aspectos o ramas la cuestión ética va perdiendo importancia. Es así como en el derecho procesal, en el administrativo, en el constitucional y en el mercantil, se advierte cada vez menos la intervención de la moral en los problemas jurídicos.

Ruggiero, *ob. cit.*, pág. 659.

En el derecho familiar, iremos comprobando que un concepto ético sirve de base para la celebración del matrimonio, de tal manera que éste no sólo es un contrato como dice el Código Civil, sino una forma de vida moral permanente entre los consortes, tanto en sus propias relaciones, como en la educación de sus hijos. Sin admitir la idea religiosa de que el matrimonio sea un sacramento, para el derecho es evidente que la ley toma en cuenta fundamentalmente el aspecto moral de la institución, a fin de que no sólo se realice la función biológica de la perpetuación de la especie (como afirmó Kant) sino también para que exista una comunidad espiritual entre los consortes, que permita a su vez cumplir con los deberes de vida en común, fidelidad, asistencia mutua y socorro que de consuno imponen el derecho y la moral.

En las relaciones de filiación, también tenemos datos morales que regula el Código tanto en la descendencia legítima como en la natural. Desde luego, el principio fundamental en que descansa todo el régimen o sea, considerar como hijos del marido todos los hijos de su esposa, tiene como fundamento único la fidelidad de la mujer y contra esta presunción dice el artículo 325: "no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento". Es también un fuerte principio de moralidad familiar el que estatuye el artículo 326 en protección de los hijos habidos en matrimonio, pues su interés prevalece aún sobre la impugnación que haga el marido alegando adulterio de la madre y la confesión expresa de ésta de que el hijo habido no es de su esposo. Dice el precepto citado: "El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa". El legislador ha tomado en cuenta que no obstante el reconocimiento expreso de la esposa en cuanto a la comisión del adulterio y el desconocimiento que haga el marido respecto al hijo tenido por aquélla, puede existir un motivo pasional que induzca a la mujer, ante la acusación de adulterio, a confesar este hecho, no obstante que no lo hubiere realizado o bien, la creencia falsa en cuanto a la posible paternidad. Por esto se sigue protegiendo el interés del hijo y admitiendo como principio básico de la familia legítima el que supone la fidelidad y honestidad de la mujer casada. La presunción mencionada cede ante hechos que demuestren no una confesión arrancada posiblemente por motivos pasionales, sino circunstancias que impliquen culpabilidad manifiesta, como el ocultamiento del embarazo o del nacimiento, al marido.

En la filiación legítima también se toma en cuenta tal principio de moralidad social, para reputar hijos de matrimonio a aquellos que nacieren de dos personas que vivieron públicamente como marido y mujer y ambos hubieren fallecido o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron.

En el Código Civil vigente diversos preceptos en materia de filiación natural, de patria potestad o de herencia, han tomado en cuenta un principio ético muy superior, en nuestro concepto, al prejuicio mezquino que informaba toda la legislación anterior, para degradar a los hijos naturales y hacerlos víctimas de la conducta de sus padres. Afortunadamente para México, se ha abandonado aquella tradición fundada sólo

en supuestas conveniencias sociales que fomentó el código francés siguiendo la idea de Napoleón, formulada en los siguientes términos absolutamente inmorales e inhumanos: "Al Estado no le interesan los hijos naturales". Evidentemente que al Estado y al derecho sí les interesan y les deben interesar tanto los hijos naturales como los legítimos. Sólo los prejuicios sociales de mentes estrechas pueden llegar a considerar que la condición jurídica de los hijos naturales es inferior a la de los hijos legítimos. El derecho no puede ni debe admitir, como base de su regulación jurídica y para la debida protección de intereses puramente humanos, el principio tradicional de que el matrimonio es la principal fuente de efectos jurídicos y de que sólo son dignos del amparo de la ley aquellos seres concebidos en la unión legítima. Evidentemente que los intereses morales, patrimoniales o simplemente humanos de los hijos habidos fuera de matrimonio, deben ser y son tan respetables para un régimen que tenga sólo por objeto normar la conducta de los hombres con un principio de justicia, como aquellos otros intereses que corresponden a los hijos habidos en matrimonio.

Desde la Ley de Relaciones Familiares de 1917 le cabe a México la honra de haber roto con absurdos prejuicios jurídicos y sociales para declarar desde entonces la equiparación de los hijos naturales y los legítimos, borrando aquellas distinciones odiosas de hijos adulterinos, incestuosos, sacrílegos o simplemente naturales. En el Código vigente no sólo para el régimen de la familia se establece tal equiparación y se admite de manera expresa en el artículo 389, sino que también en materia hereditaria ya no tenemos las distinciones tradicionales que reducían las porciones hereditarias de las distintas categorías de hijos naturales frente a los legítimos.

En la regulación jurídica de la patria potestad, de acuerdo con lo que llevamos dicho, no encontramos ya las distinciones inmorales que admitían diferentes consecuencias según se tratase de hijos legítimos o naturales. Expresamente nuestra ley regula de manera igual el ejercicio de la patria potestad tanto de los padres o de los abuelos, sobre toda clase de descendientes y en los artículos 415, 416 y 417 se reglamenta de manera expresa el ejercicio de la patria potestad respecto a los hijos habidos fuera de matrimonio, previendo las distintas hipótesis que puedan presentarse según que ambos progenitores vivan juntos o separados: o bien, que hubiesen hecho el reconocimiento simultánea o sucesivamente.

También en esta materia encontramos una innovación de importancia debida a causas de orden moral: a diferencia de la patria potestad

al estilo romano que se concedió sólo en interés del ascendiente que la ejercía, confiriéndole un poder absoluto e ilimitado sobre todos los descendientes y demás personas sujetas a su potestad; en el derecho moderno se ha reglamentado el ejercicio de ese poder jurídico considerándolo como una función social, a efecto de que más que un conjunto de derechos implique una serie de obligaciones y responsabilidades en beneficio de los hijos menores. De aquí la posible intervención del juez para moderar y restringir el ejercicio de la patria potestad, así como para tomar aquellas determinaciones que tengan por objeto proteger al menor. Evidentemente que la ley debe reconocer el derecho de corregir y castigar a los hijos, pero esta facultad la concede el artículo 423 con un límite, para evitar los abusos de la autoridad paterna.

Los preceptos que regulan la pérdida o suspensión de la patria potestad, demuestran asimismo la intervención constante de la moral en esta rama del derecho, pues fundamentalmente las causas que traen consigo la pérdida del citado derecho son de carácter ético y tienden directa o indirectamente a la protección del menor. Al efecto, el artículo 444 menciona como tales el hecho de ser condenado expresamente dos o más veces por delitos graves; las costumbres depravadas de los padres, los malos tratamientos a sus hijos o el abandono de sus deberes, cuando pueda comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los mismos, aun cuando no se trate de delitos; así como la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o el abandono de los mismos por más de seis meses. Además, las causas que implican culpabilidad en el divorcio se sancionan también con la pérdida de la patria potestad, según los términos del artículo 283.

Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1954, t. III, pág. 30.

8.—*Puntos de vista de Bonnecase respecto al problema ético del derecho de familia.*—"El derecho es impotente para realizar por sí solo, una obra verdaderamente eficaz en el terreno de la familia; aunque los textos de la ley sean conformes al derecho, y estén calcados exactamente de los estudios naturales sobre la vida social, valdrán tanto como un cuerpo sin alma, si desdeñan a la moral y al sentimiento. El sentimiento moral es el alma de la familia. Es verdad que frecuentemente y con razón, se habla del sentimiento del derecho. Parecería que, para vivificar la regla de derecho y asegurar su observancia, debía bastar la conciencia que se traduce de su necesidad y de su bondad. De hecho es así en numerosos dominios del derecho de familia. Es que el sentimiento

del derecho se reduce al sentimiento del menor sacrificio de parte de cada uno, en tanto que el sentimiento moral, es el del extremo sacrificio; el alma misma transfigurándose y no conociendo sino sus aspiraciones más elevadas y generosas. Ahora bien, si el sentimiento del menor sacrificio es el único necesario para el restablecimiento de la paz entre vecinos respecto de un muro medianero, sólo el sentimiento del extremo sacrificio dará al marido y a la mujer, a los padres y a los hijos, la energía para hacer frente a todos los deberes, cuyo cumplimiento es el secreto de la dicha familiar".

"Sin embargo, no es esa la opinión de muchas personas, principalmente de los feministas, que fincan todas sus esperanzas en el derecho para la renovación de la familia". (Julián Bonnecase, *La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia,* traduc. del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, págs. 26 y 27).

CAPITULO II

Problemas Político, Patrimonial, Teleológico y Axiológico del Derecho de Familia

1.—*Problema político.*—El problema político se plantea en el sentido de determinar si el Estado debe tener ingerencia en la organización de la familia y, en el caso de resolverse esta cuestión en sentido positivo, precisar cuál es la intervención del Estado en el seno del grupo familiar.

La primera cuestión evidentemente que debe resolverse en sentido afirmativo: El Estado sí debe tener intervención en la organización jurídica de la familia, por múltiples razones:

Planiol y Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés,* traducción del doctor Mario Díaz Cruz, t. II, *La Familia,* Habana, 1939, pág. 10.

a) Porque de la solidaridad familiar depende en gran medida la solidaridad política, de tal manera que peligraría la existencia misma del Estado si ocurriera la disolución de la familia o ésta estuviese organizada de manera deficiente o incompleta por el derecho.

b) Porque el Estado debe tutelar un conjunto de intereses de orden público que existen en el seno de la familia. Ya hemos caracterizado las instituciones familiares, indicando que en ellas prevalece el interés

social, al grado de que Cicu ha considerado que las normas del derecho familiar fundamentalmente pertenecen al derecho público, o bien algunos autores han considerado que el régimen jurídico de la familia tiene características tanto de derecho privado como de derecho público, al armonizar intereses individuales e intereses generales representados por el grupo familiar.

c) Porque el Estado debe intervenir a través de sus órganos a fin de que se celebren determinados actos jurídicos del derecho familiar, tales como el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos, etc., a efecto de dar autenticidad a los citados actos y proteger los derechos de las partes evitando hasta donde sea posible que puedan ocurrir después problemas de nulidad.

d) Porque finalmente el Estado debe controlar la actividad de los que ejercen la patria potestad y la tutela, mediante la intervención del juez, para impedir que se realicen actos perjudiciales a los intereses de los menores o incapacitados.

Tomando en cuenta las razones anteriores, se comprenderá que en el derecho moderno, el Estado no puede permanecer ajeno a la solidaridad familiar.

Ruggiero, *ob. cit.*, págs. 682 y 683.

"La función del Estado con relación a la familia ha variado mucho en las distintas épocas. En algunas de ellas ha encarnado en la familia la idea del Estado, o sea del poder supremo. En otras, aún estando separados la familia y el Estado, ha gozado aquélla de gran relieve y de amplia libertad dentro de la organización general de éste.

Actualmente, en el orden de las ideas hay, frente a frente, como dice De Buen, dos concepciones acerca de la relación de la familia con el derecho: "Unos defienden el principio de la autarquía familiar, y consideran que debe huirse de toda intromisión del Estado en la vida de la familia y robustecer los vínculos que de ella nacen, y ampliar la esfera de sus atribuciones. Otros creen, por el contrario, que cada día ha de ampliarse más la esfera de acción del Estado, y que éste ha de venir a realizar muchas de las funciones antes encomendadas a la familia, y, sobre todo, que la misión más alta, la del cuidado de los hijos, no puede dejarse en absoluto encomendada a la actuación familiar, pues el Estado tiene un interés decisivo en que sus ciudadanos futuros sean para él hombres útiles, y no tiene garantía suficiente de que, por la sola actuación de sus familiares, puedan llegar a serlo.

En el orden de las legislaciones positivas ha ganado mucho terreno en estos últimos tiempos la tendencia intervencionista. La familia ha perdido mucha de su antigua cohesión, y el Estado, que cada vez acentúa e intensifica más su acción sobre la sociedad y el derecho privado, no se detiene ante los umbrales de la familia. Especialmente en la esfera de las relaciones paterno-filiales se ha reali-

zado ya una evolución muy honda. La patria potestad, concebida y regulada en lo antiguo como un poder absoluto e ilimitado del padre, se considera hoy como una función establecida en interés de los propios hijos y ligada a las exigencias generales de la familia y de la sociedad. El Estado tiene sometida a su alta inspección y tutela la educación y los intereses de los menores, y llega a privar del ejercicio de su autoridad a aquellos padres que abusen de la misma o no estén en condiciones morales de desempeñarla satisfactoriamente." (José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español Común y Foral,* Madrid, 1941, t. III, págs. 443 y 444).

Desde otro punto de vista tenemos también una ingerencia constante del Estado en las instituciones familiares, pues no existen propiamente los actos jurídicos básicos del derecho familiar, si no interviene un funcionario público. Ya hemos explicado que el matrimonio no tiene existencia jurídica si no se otorga ante un Oficial del Registro Civil; que el divorcio no puede concederse si no es mediante la intervención del Juez o del Oficial del Registro Civil, ocurriendo lo mismo en la adopción, en la declaratoria de interdicción y en el nombramiento de los tutores.

Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954, t. III, pág. 30.

2.—*Opinión de Cicu respecto a la intervención del Estado en la organización jurídica de la familia.*—Estudia el citado autor esta cuestión en su *Derecho de Familia* (págs. 218 a 291), para considerar, de acuerdo con su tesis, que se trata seguramente del problema más importante del derecho de familia. Así es como va determinando la ingerencia del Estado dentro del grupo familiar, para considerar a éste como un ente público. Asimismo precisa el control de la autoridad judicial en diferentes relaciones familiares, con la obligación de someterse a dicho control, el cual no sólo es de legitimidad, sino también de oportunidad, teniendo carácter no sólo preventivo sino también posterior y substitutivo. Precisa también múltiples casos en los cuales la autoridad judicial puede a veces proveer de oficio y nos indica la ingerencia constante del Ministerio Público en las cuestiones de familia, con la facultad de accionar directamente en ciertos casos.

En cuanto a las sentencias sobre asuntos familiares, hace notar que las mismas tienen no sólo valor de actos administrativos en jurisdicción voluntaria, sino también de verdaderos actos jurisdiccionales, teniendo las características de ejecutoriedad en sentido amplio.

Compara Cicu a la familia con los entes públicos para considerar que tanto en la organización de una y de otros tiene intervención directa el Estado, proveyendo, a través de disposiciones jurídicas a la mejor realización de los fines institucionales.

"Retorna aquí, pues, aquel concepto, que es para nosotros fundamental en la distinción entre actividad de derecho público y actividad de derecho privado, según el cual en aquélla y no en ésta, el fin, el interés a tutelar, pasa a primera línea frente al poder, que funciona en ella solamente como un medio necesario"

"La autoridad judicial llamada a autorizar u homologar cumple, pues, un verdadero y propio examen de la conveniencia del acto, de su correspondencia con el interés del incapaz". (*Ob. cit.*, pág. 229).

En nuestro derecho tenemos la necesaria intervención del juez y de su autorización para vender bienes inmuebles del incapaz o muebles preciosos, juzgando no sólo de la necesidad, sino también de la evidente utilidad de la operación.

También el control de la autoridad judicial no es sólo preventivo, sino posterior y substitutivo. Cicu entiende por control posterior el que tiene carácter represivo para anular todos aquellos actos ejecutados sin la autorización judicial correspondiente. Además, tal control puede ser substitutivo como ocurre en los casos en que se priva de la patria potestad por actos inmorales o causas graves como las indicadas por el artículo 444 de nuestro Código vigente, a efecto de que no sólo se pierda ese derecho, sino que otra persona substituya a los padres y a los abuelos. Lo mismo ocurre tratándose del tutor cuando se le destituye del cargo y se designa otro. Nuestro derecho admite también el control judicial para reprimir todos aquellos actos de los que ejercen la patria potestad o tutela en perjuicio de los intereses de los incapaces y el artículo 422 estatuye que: "A las personas que tengan al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutelas que las personas de que se trata no cumplen esa obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda".

En el artículo 423 se determina una cooperación entre las autoridades y los que ejercen la patria potestad, dice así: "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente.

Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna".

Para la tutela existe también un control judicial directo en los términos del artículo 633: "Los jueces pupilares son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una sobrevigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión

de sus deberes". Además, el curador, conforme al artículo 626, ejerce también una vigilancia directa sobre los actos del tutor. Dice así el citado precepto: "El curador está obligado: I.—A defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor; II.—A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado; III.—A dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela; IV.—A cumplir las demás obligaciones que la ley le señale".

Por último, en el Consejo Local de Tutelas, el Código vigente ha creado un órgano de vigilancia y de información, respecto a los actos del tutor. El artículo 632 estatuye: "El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información que, además de las funciones que expresamente le asignan varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

I.—Formar y remitir a los jueces pupilares una lista de las personas de la localidad que, por su aptitud legal y moral, pueden desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al juez;

II.—Velar porque los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación de los menores; dando aviso al juez pupilar de faltas u omisiones que notare;

III.—Avisar al juez pupilar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes;

IV.—Investigar y poner en conocimiento del juez pupilar qué incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos;

V.—Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 537;

VI.—Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma".

En cuanto a la ingerencia del Ministerio Público, Cicu señala que a través de este órgano el Estado procura velar por los intereses de los incapaces y de la familia misma.

En este sentido el Código de Procedimientos Civiles reconoce la intervención constante del Ministerio Público en todos los asuntos de jurisdicción voluntaria que afecten intereses de menores o incapacitados. El artículo 895 prescribe: "Se oirá precisamente al Ministerio Público: I.—Cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos; II.—

Cuando se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados; III.—Cuando tenga relación con los derechos o bienes de un ausente; IV.—Cuando lo dispusieren las leyes".

Además, dicha intervención está constantemente reconocida en el Código Civil para diferentes materias. Desde luego, tratándose de matrimonios nulos, los artículos 242, 243, 244, 248 y 249, permiten al Ministerio Público ejercitar la acción de nulidad en los siguientes casos: Cuando hubiere adulterio entre las personas que hubieren contraído matrimonio; cuando éste se celebre existiendo el impedimento relativo al parentesco por consanguinidad o afinidad; cuando haya habido atentado contra la vida de unos de los cónyuges para casarse con el que quede libre; cuando exista bigamia y cuando no se hayan observado las formalidades esenciales para la validez del matrimonio.

En los juicios de divorcio se prescribe también la intervención del Ministerio Público. Tratándose de alimentos, el artículo 315, fracción V, expresamente otorga a dicho órgano la acción para pedir el aseguramiento de los alimentos. Para el reconocimiento de los hijos, debe oírse también al Ministerio Público. En la adopción el artículo 397, fracción IV, establece que deberá consentir en ella el Ministerio Público cuando el adoptado no tenga padres conocidos ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como hijo.

Como conclusión de este largo análisis relativo a la ingerencia constante del Estado en los intereses y relaciones familiares, formula Cicu la siguiente:

"Creemos haber reunido elementos suficientes para concluir. La infiltración del derecho público en el derecho familiar, de ordinario intuida más bien que vista, había sido ya esporádicamente comprobada en casos singulares. Más a menudo había sido considerada como instituto de derecho público la tutela, ya sin dar demostración ninguna de ello, ya simplemente observando la obligatoriedad del oficio del tutor o la ingerencia del Estado, ya apreciando su verdadera razón al ver actuada la asunción del interés individual al interés general. No había faltado tampoco una vaga afirmación de que todo el derecho familiar debiera ser considerado como derecho público. Si esta tendencia no ha encontrado hasta ahora favor en la doctrina, esto, a nuestro entender, se debe atribuir, sobre todo, al obstáculo que le opone la concepción dominante del interés público como interés colectivo. Superado éste, la estructura pública de la relación familiar nos parece que no se pueda poner en duda: no sólo como estructura interna de la relación, en cuanto incluso ésta presenta más acentuadas las características de la relación de derecho público, sino también como estructura externa, esto es, como estructura de la relación entre familia y Estado: en uno y otro aspecto se tiene relación de status". (*Ob. cit.*, págs. 287 y 288).

3.—*Problema patrimonial.*—Este problema se plantea en el sentido de determinar qué instituciones de tipo patrimonial debe regular el derecho de familia y cuál debe ser la naturaleza de las relaciones patrimoniales entre los distintos miembros del consorcio familiar. Además, dentro de este problema existe el relativo a precisar la naturaleza de las normas jurídicas que regulan estas relaciones patrimoniales, comparándolas con las del derecho civil patrimonial, a efecto de resolver si tienen las mismas características fundamentales de esta última rama.

"La consideración del interés de la familia como interés superior al de cada uno de sus miembros singulares, domina todo el derecho de familia y, por tanto, también las relaciones patrimoniales de los cónyuges y el régimen patrimonial de la familia en su conjunto. La autonomía de los particulares se despliega en un ámbito más restringido que en las otras ramas del derecho privado y prevalecen las normas vinculativas. No contradice a esto, si se la entiende rectamente, la norma del art. 159: «Las relaciones patrimoniales entre cónyuges se regulan por las convenciones de las partes y por la ley»; quiere ésta significar, no que la ley impere solamente en ausencia de convenciones de las partes, sino que aun donde se aplica la voluntad de las partes deben imperar las normas vinculativas de la ley, es decir, que éstas tienen una mayor importancia que en el derecho patrimonial no familiar. Y en efecto, a las normas vinculativas se refiere también el art. 160.

Se relaciona también con el concepto del superior interés familiar el principio de que los diversos derechos patrimoniales de los cónyuges, que les son atribuidos en consideración a su calidad de esposo y esposa, sean irrenunciables, incesibles, inexpropiables e imprescriptibles. Dice exactamente el art. 160 que los esposos no pueden derogar ni a los derechos que competen al jefe de familia ni a los que la ley atribuye al uno o al otro cónyuge; y la disposición debe entenderse referida, no sólo a los derechos personales de los cónyuges, sino también a los derechos patrimoniales, como serían los que el esposo y la esposa tienen respecto de la dote cuando haya constitución de ella, o respecto del patrimonio familiar o de la comunidad, cuando haya habido constitución de aquél o de ésta. Ello significa que los institutos o regímenes de la dote, del patrimonio familiar y de la comunidad de bienes, aunque sólo se apliquen por voluntad de la partes, son también, en sus líneas esenciales, indeformables, no susceptibles de ser alterados por los particulares en cuanto a la configuración que les ha dado el legislador." (Tedeschi, *El régimen patrimonial de la familia,* pág. 4).

Fernando Fueyo Laneri, *ob. cit.,* págs. 25 a 26.

Es evidente que en el derecho de familia existen regímenes patrimoniales debidamente caracterizados: la sociedad conyugal o la separación de bienes, la dote, las donaciones antenupciales o entre consortes y el sistema moderno del patrimonio familiar.

Es tan importante este aspecto del derecho de familia, que algunos autores distinguen entre derecho familiar personal y derecho familiar

patrimonial. También cabe la distinción en cuanto a las instituciones mismas, a efecto de considerar por una parte las instituciones propiamente familiares, como el matrimonio, el divorcio, la filiación, la adopción, el parentesco, la patria potestad y la tutela y, por otra, las instituciones patrimoniales del derecho familiar.

"Los institutos familiares verdaderos y propios son de derecho personal; pero existen también institutos de derecho familiar patrimonial (relaciones patrimoniales de la familia; obligación de alimentos).

Los institutos familiares personales son: el matrimonio; la filiación legítima, la patria potestad, la filiación ilegítima (o natural); la adopción; la tutela y la curatela; la afiliación y otros conexos a éstos.

El instituto de la familia es jurídicamente relevante, también en materia de sucesión por causa de muerte (sucesión legítima; sucesión necesaria)." (Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954, t. III, págs. 31 a 32).

Podemos advertir que cada una de las instituciones propiamente familiares tienen una fase de carácter patrimonial. Así es como en el parentesco, independientemente de los vínculos establecidos por la consanguinidad, tenemos toda la materia relacionada con los alimentos que implica evidentemente una cuestión de orden económico. En el matrimonio podemos distinguir la institución propiamente dicha de los regímenes patrimoniales que se crean por virtud de la sociedad conyugal o de la separación de bienes, así como de los problemas que ocurren en cuanto a las donaciones antenupciales o entre consortes. En la patria potestad y en la tutela, también tenemos claramente separados la función protectora respecto a la persona de los incapaces y la que se refiere a su patrimonio. Por esta razón en los Códigos Civiles se regula el doble aspecto de estas instituciones.

Messineo, *ob. cit.,* pág. 100.

En el derecho moderno una institución de gran importancia ha dado singular valor a los intereses económicos para la protección patrimonial de la familia, originando un régimen jurídico especial que impide la enajenación o gravamen de aquellos bienes que se han considerado indispensables para la subsistencia misma del grupo, constituyéndose así un pequeño patrimonio familiar que comprende la casa habitación o la parcela cultivable. La Constitución General de la República en sus artículos 27 y 123 se refiere al patrimonio familiar como una institución de interés público que el Estado debe fomentar y proteger. Dice al efecto el artículo 27 en su fracción XVII, inciso g): "Las leyes locales

organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo, ni gravamen ninguno". A su vez el artículo 123 en su fracción XXVIII estatuye: "Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales, ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios". En el Código Civil y en el de Procedimientos Civiles se han reglamentado las citadas normas constitucionales para organizar jurídicamente el patrimonio de familia como una universalidad de hecho con vida autónoma destinada a satisfacer los fines económicos reconocidos por la ley.

"Patrimonio familiar no significa patrimonio perteneciente a la familia, a la que no se le reconoce personalidad jurídica, ni significa patrimonio en copropiedad familiar de los dos cónyuges y los hijos; ni, por último, constituye una persona autónoma, como si fuese una fundación; constituye, en cambio, un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos, que se distingue del resto de su patrimonio por su función y por las normas que la ley dicta en su protección.

El patrimonio familiar está destinado a asegurar la prosperidad económica de la familia. Más precisamente se lo concibe "como áncora de salvación de la familia contra las adversidades o también contra la poca prudencia de quien debería tener entrañable como ninguna otra cosa la suerte económica de dicha familia" (Guido Tedeschi, *El Régimen Patrimonial de la Familia,* traduc. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, págs. 83 y 84).

723.—Son objeto del patrimonio de la familia:

I.—La casa habitación de la familia;

II.—En algunos casos, una parcela cultivable.

724.—La constitución del patrimonio de la familia no hace pasar la propiedad de los bienes que a él quedan afectos, del que lo constituye a los miembros de la familia beneficiaria. Estos sólo tienen derecho de disfrutar de esos bienes, según lo dispuesto en el artículo siguiente.

725.—Tienen derecho de habitar la casa y de aprovechar los frutos de la parcela afecta al patrimonio de la familia, el cónyuge del que lo constituye y las personas a quienes tiene obligación de dar alimentos. Este derecho es intransmisible, pero debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 740.

726.—Los beneficiarios de los bienes afectos al patrimonio de la familia serán representados en sus relaciones con terceros, en todo lo que al patrimonio se refiere, por el que lo constituyó, y, en su defecto, por el que nombre la mayoría.

El representante tendrá la administración de dichos bienes.

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

728.—Sólo puede constituirse el patrimonio de la familia con bienes sitos en el municipio en que esté domiciliado el que lo constituya.

729.—Cada familia sólo puede constituir un patrimonio. Los que se constituyan subsistiendo el primero, no producirán efecto legal alguno.

730.—El valor máximo de los bienes afectos al patrimonio de familia será de cincuenta mil pesos para el Distrito y Territorios Federales. (Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación,* de 31 de diciembre de 1954).

731.—El miembro de la familia que quiera constituir el patrimonio, lo manifestará por escrito al juez de su domicilio, designando con toda precisión y de manera que puedan ser inscritos en el Registro Público los bienes que van a quedar afectados.

Además, comprobará lo siguiente:

I.—Que es mayor de edad o que está emancipado;

II.—Que está domiciliado en el lugar donde se quiere constituir el patrimonio;

III.—La existencia de la familia a cuyo favor se va a constituir el patrimonio. La comprobación de los vínculos familiares se hará con las copias certificadas de las actas del Registro Civil;

IV.—Que son propiedad del constituyente los bienes destinados al patrimonio y que no reportan gravámenes fuera de las servidumbres;

V.—Que el valor de los bienes que van a constituir el patrimonio no excede del fijado en el artículo 730.

732.—Si se llenan las condiciones exigidas en el artículo anterior, el juez, previos los trámites que fije el Código de la materia, aprobará la constitución del patrimonio de la familia y mandará que se hagan las inscripciones correspondientes en el Registro Público.

733.—Cuando el valor de los bienes afectos al patrimonio de la familia sea inferior al máximum fijado en el artículo 730, podrá ampliarse el patrimonio hasta llegar a este valor. La ampliación se sujetará al mismo procedimiento que para la constitución fije el Código de la materia.

734.—Cuando haya peligro de que quien tiene obligación de dar alimentos pierda sus bienes por mala administración o porque los esté dilapidando, los acreedores alimentistas y, si éstos son incapaces, sus tutores o el Ministerio Público, tiene derecho de exigir judicialmente que se constituya el patrimonio de la familia hasta por los valores fijados en el artículo 730. En la constitución de este patrimonio se observará en lo conducente lo dispuesto en los artículos 731 y 732.

735.—Con el objeto de favorecer la formación del patrimonio de la familia, se venderán a las personas que tengan capacidad legal para constituirlo y que quieran hacerlo, las propiedades raíces que a continuación se expresan:

I.—Los terrenos pertenecientes al Gobierno Federal, al Gobierno del Distrito o a los ayuntamientos del Distrito y Territorios Federales (ya no existen ayuntamientos en el Distrito Federal) que no estén destinados a un servicio público, ni sean de uso común;

II.—Los terrenos que el Gobierno adquiera por expropiación, de acuerdo con el inciso (c) del párrafo undécimo del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

III.—Los terrenos que el Gobierno adquiera para dedicarlos a la formación del patrimonio de las familias que cuenten con pocos recursos.

736.—El precio de los terrenos a que se refiere la fracción II del artículo anterior se pagará de la manera prevenida en el inciso (d) del párrafo undécimo del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En los casos previstos en las fracciones I y III del artículo que precede, la autoridad vendedora fijará la forma y el plazo en que debe pagarse el precio de los bienes vendidos, teniendo en cuenta la capacidad económica del comprador.

737.—El que desee constituir el patrimonio de la familia con la clase de bienes que menciona el artículo 735, además de cumplir los requisitos exigidos por las fracciones I, II y III del artículo 731, comprobará:

I.—Que es mexicano;

II.—Su aptitud o la de sus familiares para desempeñar algún oficio, profesión, industria o comercio;

III.—Que él o sus familiares poseen los instrumentos y demás objetos indispensables para ejercer la ocupación a que se dediquen;

IV.—El promedio de sus ingresos, a fin de que se pueda calcular, con probabilidades de acierto, la posibilidad de pagar el precio del terreno que se le vende;

V.—Que carece de bienes. Si el que tenga intereses legítimos demuestra que quien constituyó el patrimonio era propietario de bienes raíces al constituirlo, se declarará nula la constitución del patrimonio.

738.—La constitución del patrimonio de que trata el artículo 735, se sujetará a la tramitación administrativa que fijen los reglamentos respectivos. Aprobada la constitución del patrimonio, se cumplirá lo que dispone la parte final del artículo 732.

739.—La constitución del patrimonio de la familia no puede hacerse en fraude de de los derechos de los acreedores.

740.—Constituido el patrimonio de la familia, ésta tiene obligación de habitar la casa y de cultivar la parcela. La primera autoridad municipal del lugar en que esté constituido el patrimonio puede, por justa causa, autorizar para que se de en arrendamiento o aparcería, hasta por un año.

741.—El patrimonio de la familia se extingue:

I.—Cuando todos los beneficiarios cesen de tener derecho de percibir alimentos;

II.—Cuando sin causa justificada la familia deje de habitar por un año la casa que debe servir de morada, o de cultivar por su cuenta y por dos años consecutivos la parcela que le esté anexa;

III.—Cuando se demuestre que hay gran necesidad o notoria utilidad para la familia, de que el patrimonio quede extinguido;

IV.—Cuando por causa de utilidad pública se expropien los bienes que lo forman;

V.—Cuando, tratándose del patrimonio formado con los bienes vendidos por las autoridades mencionadas en el artículo 735, se declare judicialmente nula o rescindida la venta de esos bienes.

742.—La declaración de que queda extinguido el patrimonio la hará el juez competente, mediante el procedimiento fijado en el código respectivo, y la comunicará al Registro Público para que se hagan las cancelaciones correspondientes.

Cuando el patrimonio se extinga por la causa prevista en la fracción IV del artículo que precede, hecha la expropiación, el patrimonio queda extinguido sin necesidad de declaración judicial, debiendo hacerse en el Registro la cancelación que proceda.

743.—El precio del patrimonio expropiado y la indemnización proveniente del pago del seguro a consecuencia del siniestro sufrido por los bienes afectos al patrimonio familiar, se depositarán en una institución de crédito, y no habiéndola en la localidad, en una casa de comercio de notoria solvencia, a fin de dedicarlos a la constitución de un nuevo patrimonio de la familia. Durante un año son inembargables el precio depositado y el importe del seguro.

Si el dueño de los bienes vendidos no lo constituye dentro del plazo de seis meses, los miembros de la familia a que se refiere el artículo 725 tienen derecho de exigir judicialmente la constitución del patrimonio familiar.

Transcurrido un año desde que se hizo el depósito, sin que se hubiere promovido la constitución del patrimonio, la cantidad depositada se entregará al dueño de los bienes.

En los casos de suma necesidad o de evidente utilidad, puede el Juez autorizar al dueño del depósito para disponer de él antes de que transcurra el año.

744.—Puede disminuirse el patrimonio de la familia:

I.—Cuando se demuestre que su disminución es de gran necesidad o de notoria utilidad para la familia;

II.—Cuando el patrimonio familiar, por causas posteriores a su constitución, ha rebasado en más de un ciento por ciento el valor máximo que puede tener conforme al artículo 730.

745.—El Ministerio Público será oído en la extinción y en la reducción del patrimonio de la familia.

746.—Extinguido el patrimonio de la familia, los bienes que lo formaban vuelven al pleno dominio del que lo constituyó, o pasan a sus herederos si aquél ha muerto.

La doctrina moderna sobre el patrimonio, ha creado los llamados patrimonios de destino o afectación, que se caracterizan como universalidades de hecho que la ley regula de manera autónoma para la realización de fines jurídico-económicos. No basta la simple finalidad económica si no está reconocida por el derecho. Tal reconocimiento existirá cuando a través de un régimen jurídico se destinen ciertos bienes a la satisfacción de necesidades especiales, creándose en estatuto también especial para originar un régimen de excepción dentro del derecho civil patrimonial. Tal es el caso en el patrimonio de familia, al declararse inalienables los bienes que lo constituyan, afectándose la casa habitación o la parcela cultivable exclusivamente al uso o disfrute de los distintos miembros que integran la familia. Los artículos 723 a 746, cuyo texto transcribimos por ser de importancia, forman el régimen jurídico especial que da autonomía a los bienes que integran el patrimonio de familia, reconociendo en el mismo una función jurídico-económica.

"Las dos características salientes del patrimonio familiar son la inalienabilidad y la inembargabilidad, características propias las dos de la dote.

Respecto de la enajenación dispone el art. 170, parágr.: "El tribunal puede autorizar en caso de necesidad la enajenación de los bienes que constituyen el patrimonio familiar, cuya propiedad pertenezca a uno de los cónyuges o a ambos. Puede, además, autorizar la enajenación en caso de utilidad evidente, determinando las modalidades para el empleo que haya de darse al precio".

Queda, pues, enteramente excluido todo acto de enajenación cuando el tercero constituyente se haya reservado la propiedad de los bienes, constituyendo, por tanto, en patrimonio familiar un derecho de goce sobre ellos; ni este derecho ni el ejercicio de él podrían cederse". (Tedeschi, *El Régimen Patrimonial de la Familia,* pág. 102).

"Inembargabilidad del patrimonio familiar resulta del art. 169, 3º y tercer apartado: "La inalienabilidad de los bienes que constituyen el patrimonio familiar no es oponible a los acreedores, cuyo derecho ha nacido con anterioridad a la transcripción del acto o a la constitución del vínculo sobre los títulos de crédito. Si la constitución se hace por un tercero, la inalienabilidad es oponible a los acreedores del cónyuge al que se atribuye la propiedad de los bienes".

"Cuando la titularidad de los bienes haya quedado en poder del tercero constituyente, el derecho de goce constituido en patrimonio familiar sería absolutamente inembargable por los acreedores de los cónyuges así como es absolutamente inalienable (arg. art. 170). Los acreedores del tercero constituyente podrían expropiar ciertamente la nuda propiedad de los bienes, pero quedando a salvo el goce de ellos para la familia.

Afirma la ley, en el último parágrafo del art. 169, a propósito del patrimonio familiar constituido por un tercero, que "la inalienabilidad es oponible a los acreedores del cónyuge al que se atribuye la propiedad de los bienes". Es decir que, en el patrimonio familiar constituido por el tercero, la inembargabilidad vale respecto de todos los acreedores del cónyuge titular, sin distinguir entre los posteriores a la constitución o los anteriores a ella; salvo, naturalmente, que se trate de acreedores provistos de garantía real válidamente adquirida contra el tercero constituyente antes de la constitución o contra el cónyuge titular después de ella, con la autorización del tribunal, en los términos del art. 170; o que se trate de créditos de impuesto.

Fuera de esta hipótesis particular, el parágr. 2º del art. 169 declara embargable el patrimonio familiar respecto de los acreedores cuyo derecho surgiera con anterioridad a la transcripción del acto o a la constitución del vínculo sobre los títulos de crédito. Diremos, pues, que hay inembargabilidad sólo respecto de los acreedores cuyo derecho haya surgido con posterioridad a tales actos y siempre que no se trate de créditos por los cuales se hubiese dado garantía real sobre los bienes que constituyen el patrimonio familiar con la autorización del tribunal en los términos del art. 170. Naturalmente vienen en consideración entre los acreedores quirografarios solamente los acreedores del cónyuge titular del patrimonio familiar si éste se puso a nombre de los dos cónyuges, en cuyo caso vendrán en consideración los acreedores quirografarios de ambos". (Tedeschi, *El Régimen Patrimonial de la Familia,* págs. 104 y 105).

4.—*Problema teleológico.*—Este problema se plantea para determinar cuáles son los fines específicos del derecho de familia. Desde un punto de vista general podemos hablar del problema teleológico en todo el derecho para determinar cuáles son los fines que persigue el ordenamiento jurídico a diferencia de la moral, la religión y los convencionalismos sociales.

En cuanto al derecho familiar, podemos decir que en un principio este sistema tenía por objeto realizar la solidaridad religiosa como forma de vida que comprendía todas las actividades de las comunidades primitivas. La solidaridad doméstica era regulada así, como una manifestación de la solidaridad religiosa. El derecho reglamentó a base de tabús (normas jurídico-religiosas) las principales manifestaciones del grupo familiar: el matrimonio, la filiación y la exogamia.

Es evidente que el derecho moderno de familia tiene por objeto lograr una solidaridad cada vez más estrecha y perfecta entre los distintos miembros del grupo. Desde este punto de vista las normas que regulan el parentesco en sus distintas manifestaciones logran esa finalidad concreta. Asimismo, en cuanto al matrimonio, a la patria potestad y a la tutela.

En la patria potestad y en la tutela encontramos de una manera evidente la finalidad específica del derecho de familia. En ambas instituciones se trata de realizar la solidaridad doméstica. Al efecto se reconoce a los que ejercen la patria potestad o la tutela la autoridad necesaria para mantener la disciplina, corrigiendo y educando a los menores o incapacitados.

5.—*Problema axiológico.*—Trataremos sólo del problema axiológico del derecho de familia, no obstante la vinculación estrecha de este mismo tema con el derecho en general.

En el derecho de familia, el problema axiológico se plantea desde distintos puntos de vista: 1.—Por lo que se refiere al concepto de justicia que debe existir en determinadas instituciones familiares. 2.—En cuanto atañe a un régimen de seguridad tanto desde el punto de vista de las relaciones personales, cuanto de las relaciones patrimoniales, y 3.—Para realizar el bien común y el orden dentro del grupo familiar.

Por lo que atañe al concepto de justicia, consideramos evidente que tanto en el derecho público como en el derecho privado existe la justicia llamada de relación, que presenta dos formas: a) Como justicia de coordinación y b) Como justicia de subordinación. Aun cuando en el derecho privado funciona la justicia de coordinación y en el derecho

público la justicia de subordinación, en el régimen de la familia, por sus características especiales, encontramos las dos formas indicadas. En efecto, las relaciones de parentesco en general se fundan en la justicia de coordinación, ya que los sujetos se encuentran colocados en el mismo plano. Por esto, es principio básico en la prestación alimentaria el de reciprocidad, que Del Vecchio ha elevado a la categoría de fundamental para definir la justicia en la monografía consagrada especialmente al estudio de la misma.

Si las relaciones de parentesco están fundadas en una justicia de coordinación, las relaciones paternofiliales descansan por el contrario en la justicia de subordinación. Aquí tenemos una manifestación concreta en el derecho civil para regular derechos y obligaciones entre personas que se encuentran colocadas en planos jurídicos diversos. Por lo tanto, no es exacto, como generalmente se cree, que sólo en el derecho público existe la justicia de subordinación. En la tutela tenemos también una institución que se funda necesariamente en la potestad que ejercerá el tutor, dentro de sus funciones jurídicas, sobre el incapaz y, por lo tanto, volvemos a contemplar la existencia de relaciones de subordinación entre sujetos situados en planos distintos.

En el derecho moderno la regulación jurídica de la patria potestad o de la tutela ha tomado principalmente en cuenta que la autoridad que se otorga a los padres, abuelos o tutores, no es para beneficio propio ni mucho menos para convertir a los incapaces en simples medios puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales. Por el contrario, tales instituciones se han convertido en la actualidad en verdaderas funciones sociales que más que derechos imponen obligaciones a quienes la desempeñan. Por esto existe un control efectivo de los jueces pupilares y de los curadores en el desempeño de la tutela. En cuanto a la patria potestad, también se reconoce a los jueces de primera instancia la facultad de intervenir para evitar excesos o abuso de autoridad. Asimismo, por lo que se refiere a los bienes de los incapaces, existen constantes medidas de protección para impedir que los que ejercen la patria potestad o la tutela dispongan de tales bienes en beneficio propio. Puede afirmarse que toda la transformación habida en las instituciones mencionadas descansa sobre todo en un principio de justicia de subordinación debidamente entendida y combinada con la seguridad jurídica y el bien común de los distintos miembros que integran la comunidad familiar.

También el principio de justicia se ha tomado en cuenta para determinar la condición jurídica de la mujer en el matrimonio. Prejuicios

absolutamente inmotivados habían convertido a la esposa en una incapacitada tanto en el orden patrimonial cuanto en el orden jurídico en general. Sobre esta base se edificó una injusta subordinación que en la mayoría de los casos convertía a la esposa y a sus bienes, en medios para la satisfacción personal de los fines del marido. Por la misma causa se le privó de potestad sobre sus hijos menores. Ambas manifestaciones se encuentran condenadas por un principio recto de justicia que debe basarse en la absoluta equiparación de ambos cónyuges tanto en sus relaciones personales como en cuanto a sus hijos, para el común ejercicio de la patria potestad y el gobierno de la morada conyugal, de sus bienes y de su propia persona.

En cuanto a la condición jurídica de los hijos naturales, ya hemos expresado que sólo por verdaderos prejuicios se puede negar a tales seres los derechos que la naturaleza impone y que un simple criterio de humanidad exige de manera indiscutible. Vuelve, por consiguiente, a funcionar el criterio axiológico a través de un principio de justicia de coordinación, para equiparar a los hijos naturales con los hijos legítimos, reconociéndoles iguales derechos y obligaciones.

Por lo que toca a los otros valores jurídicos, evidentemente que el régimen jurídico de la familia debe buscar la mayor seguridad personal y económica de sus miembros, procurando así el bien común como bienestar no sólo de aquellos que ejercen la potestad, sino de todos los integrantes del grupo.

Por lo que se refiere al bien común que como valor jurídico trata de realizar el derecho, coordinando la justicia y la seguridad con el bienestar general, podemos decir que en el régimen jurídico de la familia, sus distintas instituciones están orientadas para perseguir ese bien común. En efecto, la regulación del parentesco, de los alimentos y de la herencia en la sucesión legítima, se fundan respectivamente en el deseo de procurar el mayor bien entre los distintos parientes sobre la base de reciprocidad. En este aspecto se puede notar que el sistema mexicano ha realizado este valor jurídico con un criterio más humano que el Código Civil francés y el Código italiano. En el Código francés no se reconoce el derecho de alimentos entre los colaterales; en el italiano se admite sólo entre hermanos; en cambio, nuestro sistema permite que la obligación alimentaria se extienda hasta los parientes colaterales del cuarto grado.

TITULO II

LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FAMILIA

CAPITULO I

Los Sujetos del Derecho de Familia

1.—*Enumeración de conceptos fundamentales.*—Los conceptos jurídicos fundamentales del derecho en general, son los siguientes: 1.—Sujetos del derecho; 2.—Objetos jurídicos; 3.—Supuestos jurídicos; 4.—Consecuencias de derecho; 5.—Nexo jurídico; 6.—Relaciones jurídicas.

Trataremos sucesivamente lo relacionado con los sujetos, objetos, supuestos, consecuencias y relaciones del derecho familiar. Respecto del nexo jurídico, por ser simplemente un elemento de enlace entre el supuesto y la consecuencia, para constituir la relación jurídica, no haremos especial referencia.

2.—*Sujetos del derecho familiar.*—Ya hemos indicado que los sujetos en esta rama del derecho civil son fundamentalmente los parientes (por consanguinidad, afinidad o adopción), los cónyuges y las personas que ejerzan la patria potestad o tutela. También deben mencionarse a los concubinarios, dado que algunos sistemas y, especialmente nuestro Código Civil vigente, reconocen ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes como con relación a los hijos habidos en el mismo.

En el derecho de familia los sujetos que intervienen son personas físicas. Excepcionalmente tenemos la ingerencia de algunos órganos estatales como ocurre en el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de los hijos, la patria potestad y la tutela; también debe reconocerse la

intervención del consejo de tutelas como un organismo estatal que en el Código vigente tiene funciones importantes que cumplir.

3.—*Parientes.*—La categoría de pariente es esencial en el derecho familiar, por la diversidad de consecuencias jurídicas que se presentan tanto en el parentesco consanguíneo que es el principal, cuanto en la adopción o parentesco civil y en la afinidad que se crea por virtud del matrimonio entre el marido y los parientes de su mujer y entre ésta y los parientes de aquél.

4.—*Cónyuges.*—La calidad de consortes o cónyuges es importantísima en el derecho de familia, en virtud de que no sólo crea los sujetos especiales del matrimonio, con el conjunto de derechos y obligaciones que recíprocamente la ley les concede e impone, sino que además se proyecta sobre los parientes legítimos y, especialmente, en las relaciones paterno-filiales.

Al estudiar el matrimonio determinaremos los derechos y obligaciones de los cónyuges.

5.—*Personas que ejerzan la patria potestad y menores sujetos a la misma.*—Dentro del parentesco se originan las relaciones específicas que impone la patria potestad entre padres e hijos o, en su caso, entre abuelos y nietos. Por consiguiente, se destacan aquí sujetos especiales del derecho familiar que deben diferenciarse de los parientes en general, pues los derechos y obligaciones que se originan por la patria potestad, entre esa clase de sujetos, no son los mismos que de una manera general determina el parentesco. Después trataremos tanto de la filiación legítima como natural y de los efectos de la patria potestad, sobre esa clase de sujetos.

6.—*Tutores e incapaces.*—La incapacidad de ciertos sujetos (menores no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales) origina que el derecho familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela, creándose así, como nuevos sujetos, a los tutores e incapaces, con el conjunto de derechos y obligaciones que después determinaremos al tratar de la citada institución.

7.—*Curadores, consejos locales de tutela y jueces pupilares.*—En relación con la tutela misma se hace necesaria la intervención de otros sujetos que cumplen funciones especiales. Tales son los curadores, los

consejos locales de tutela y los jueces pupilares a que ya nos hemos referido al tratar del problema político en el derecho familiar, es decir, de la intervención del Estado en la organización jurídica de la familia. Nuevamente volveremos a ocuparnos de este tema al hacer el estudio de la tutela.

8.—*Concubinos.*—En algunos sistemas como el nuestro, se reconocen estos sujetos del derecho familiar. En el capítulo respectivo, trataremos de los mismos.

CAPITULO II

Objetos del Derecho Familiar

1.—*Enumeración de los objetos del derecho en general.*—Hemos definido el derecho como el conjunto de normas que tienen por objeto regular la conducta intersubjetiva que se manifiesta en facultades, deberes y sanciones. Por consiguiente, de este concepto se desprende cuál es el objeto del derecho objetivo, así como los diversos contenidos que puede presentar dicho objeto a través de la facultad jurídica, del deber o de la sanción.

2.—*Objetos propios del derecho familiar.*—Aplicando lo anteriormente expuesto respecto a los objetos del derecho en general, podemos decir que dentro del derecho de familia encontramos a su vez las distintas formas de conducta que hemos caracterizado como objetos directos de la regulación jurídica. De esta suerte tenemos derechos subjetivos familiares, que principalmente se manifiestan en el matrimonio, entre los consortes; en las relaciones de parentesco, entre los parientes por consanguinidad, afinidad y adopción; en las relaciones específicas de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos y nietos; así como en todas las consecuencias generales de la filiación legítima y natural. También encontramos derechos subjetivos familiares en el régimen de la tutela como una institución que puede ser auxiliar de la patria potestad o independiente de la misma.

Los deberes subjetivos familiares se presentan como correlativos de los derechos antes mencionados, pero tienen, según explicaremos des-

pués, una especial fisonomía debido a los distintos tipos de sujeción que se establecen en las relaciones conyugales, parentales, paterno-filiales y tutelares. Así es como puede afectarse no sólo la conducta del sujeto pasivo, sino también su propia persona, su actividad jurídica y su patrimonio.

Las sanciones propias del derecho familiar, como otras formas de conducta que constituyen objetos directos del mismo, generalmente consisten, para los actos jurídicos, en la inexistencia y nulidad; pero también en la revocación y en la rescisión. El divorcio viene a constituir a su vez un tipo de rescisión especial del derecho de familia, dado que en su forma última, que reconoce el Código Civil vigente, implica no la separación de cuerpos, como en el antiguo sistema, sino la disolución del matrimonio o vínculo conyugal. También en el derecho familiar tenemos como sanciones generales la reparación del daño a través de formas compensatorias o de indemnización y la ejecución forzada.

3.—*Definición de los derechos subjetivos familiares.*—Cabe definir los derechos subjetivos familiares diciendo que constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto.

4.—*Clasificación de los derechos subjetivos familiares.*—Hasta ahora hemos tratado de los derechos subjetivos familiares de carácter extrapatrimonial; pero existen también los derechos subjetivos familiares de carácter patrimonial. En consecuencia, desde este punto de vista los podemos clasificar en dos grandes categorías: (a) Derechos subjetivos familiares no patrimoniales, y (b) Derechos subjetivos familiares patrimoniales.

En términos generales decimos que un derecho es patrimonial, cuando es susceptible de valorarse en dinero, de manera directa o indirecta. En cambio, se caracteriza como no patrimonial, cuando no es susceptible de dicha valoración.

Las características que anteceden son aplicables a los derechos familiares de carácter no patrimonial. En cuanto a los de naturaleza patrimonial, como son el derecho de alimentos y de heredar en la sucesión legítima, encontramos aspectos distintos. No obstante que en ambos existe como naturaleza común el ser valorables en dinero, el derecho a exigir

alimentos se distingue del derecho a heredar, por tener los atributos que hemos señalado para los derechos no patrimoniales. Es decir, los alimentos son irrenunciables, intransmisibles, inalienables, imprescriptibles, intransigibles, inembargables, a diferencia del derecho subjetivo de heredar que, como los de carácter patrimonial, tiene las características opuestas.

Podemos clasificar los derechos subjetivos familiares desde ocho puntos de vista:

a) Derechos familiares patrimoniales y no patrimoniales. Su análisis lo hemos hecho con anterioridad.

b) Derechos familiares absolutos y relativos.

c) Derechos familiares de interés público y de interés privado.

d) Derechos familiares transmisibles e intransmisibles.

e) Derechos familiares temporales y vitalicios.

f) Derechos familiares renunciables e irrenunciables.

g) Derechos familiares transigibles e intransigibles.

h) Derechos familiares transmisibles por herencia y extinguibles por la muerte de su titular.

A continuación haremos el estudio de las clasificaciones que anteceden.

5.—*Derechos absolutos y derechos relativos de orden familiar.*— Generalmente los autores consideran que los derechos subjetivos familiares tienen las características de los derechos absolutos, que pueden ser oponibles a todo el mundo, valederos "erga omnes". Se fundan, para tal aseveración, en que tales facultades jurídicas se presentan como manifestaciones del estado civil de las personas participando de la naturaleza del mismo. Consideran que así como el estado civil es oponible a los demás, de tal suerte que no se puede ser casado frente a algunos y divorciado frente a otros, ni tampoco se puede gozar de la calidad de hijo respecto de ciertas personas y carecer de la misma en cuanto a otras, de la misma suerte debe razonarse para los derechos subjetivos familiares que son simple consecuencia del estado civil de las personas.

En este sentido Kipp y Wolff, en su "Derecho de Familia" del *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp y Wolff, sostienen que los derechos conyugales son derechos absolutos. Textualmente se expresan así:

"El matrimonio es una relación jurídico-familiar en virtud de la cual cada uno de los cónyuges obtiene sobre el otro un derecho personal absoluto, éste es eficaz erga omnes, de él derivan pretensiones para cada uno de los cónyuges dirigidas al establecimiento de la plena convivencia y pretensiones de indemni-

zación frente al que, contra todo derecho y por su culpa, impide a un cónyuge el cumplimiento de sus deberes de tal cuando está dispuesto a cumplirlos. Por ejemplo: si un padre tiene encerrada a su hija a pesar de que ésta quiere ir con su marido, éste puede conforme al artículo 823, apartado I, demandar del padre la reposición natural, o sea que permita a la hija abandonar el domicilio del padre y le indemnice los daños causados". (*Ob. cit.*, t. IV, v. I, de la traduc. de Pérez González y Castán Tobeñas, págs. 187 y 188).

No obstante la autorizada opinión de los autores mencionados, seguimos pensando que los derechos subjetivos familiares son relativos, por ser oponibles exclusivamente a determinados sujetos pasivos, como son respectivamente los cónyuges, los parientes, los hijos o nietos menores de edad frente a sus padres o abuelos que ejercen la patria potestad y los incapaces en relación con su tutor. En nuestro concepto, la confusión se debe a la equiparación indebida del estado civil de las personas y los derechos familiares. Es indiscutible que el estado civil sí crea una situación jurídica oponible a todo el mundo, por cuanto que no se puede participar dentro del seno de la familia de una diversidad de estados, por el principio de la no contradicción, es decir, no se puede ser y no ser al mismo tiempo. Por este supremo principio lógico nadie puede ser al mismo tiempo casado y soltero, hijo y no hijo, etc., etc.; pero de aquí no se desprende como consecuencia, que por ser el estado civil oponible a los demás, para lograr la uniformidad y respeto del mismo, los derechos que se derivan de las calidades de cónyuge, pariente, tutor o persona que ejerza la patria potestad, sean también valederos erga omnes. Siendo cierto, como evidentemente lo es, que cada cónyuge puede exigir del otro determinadas prestaciones o abstenciones, así como los que ejercen la patria potestad o tutela frente a los incapaces, o los parientes entre sí, debemos aceptar que tales pretensiones sólo pueden ser oponibles al sujeto señalado expresamente por el derecho objetivo, como sujeto pasivo de la relación.

6.—*Derechos familiares públicos y privados.*—Desde otro punto de vista se pueden clasificar los derechos subjetivos familiares, tomando en cuenta el interés público y privado que existe en su constitución y ejercicio.

Los derechos familiares de interés público son los que principalmente organiza el derecho objetivo de familia, tanto en las relaciones conyugales como en las que nacen del parentesco, la patria potestad o la tutela. Ya hemos señalado que tanto estos derechos familiares no patrimoniales, como los que sean susceptibles de valorizarse en dinero, prin-

cipalmente el derecho de alimentos, se constituyen y se ejercitan tomando en cuenta un interés familiar y no un interés particular.

7.—*Derechos familiares transmisibles e intransmisibles.*—Todos los derechos familiares que no tienen carácter patrimonial son intransmisibles en virtud de que se conceden en consideración a la persona del titular o a la especial relación jurídica que se constituye. De esta suerte, en los derechos conyugales no cabe transferencia alguna, ni aun en los de carácter patrimonial, como después indicaremos; en los derechos inherentes a la patria potestad, a la tutela o al parentesco, existen las dos circunstancias antes indicadas, es decir, se conceden tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la naturaleza misma de la relación jurídica de potestad, de tutela o de parentesco. Por consiguiente, son también derechos intransmisibles. Además, el carácter de interés público que existe en todos ellos nos lleva a la misma conclusión.

En cuanto a los derechos familiares de carácter patrimonial, como los mismos se encuentran indisolublemente ligados a las relaciones jurídicas personales de que dimanan, tampoco cabe admitir la posibilidad de transmisión de los mismos.

8.—*Derechos familiares temporales y vitalicios.*—Los derechos inherentes a la patria potestad y a la tutela se caracterizan como temporales debido a que se confieren sólo durante la menor edad de las incapaces o bien durante el tiempo que dure la interdicción de los mayores sujetos a tutela. También la emancipación de los menores extingue tales derechos. En cambio, en el matrimonio y en el parentesco, los derechos familiares tienen el carácter de vitalicios, pues se conceden durante la vida del cónyuge o del pariente respectivo. En los sistemas que admiten el divorcio o la ruptura absoluta del vínculo conyugal, los derechos familiares pueden tener la característica de temporales. Sin embargo, manteniéndose el matrimonio, las facultades de cada consorte tendrán el carácter de vitalicias.

9.—*Derechos familiares renunciables e irrenunciables.*—Los derechos familiares extrapatrimoniales se caracterizan como irrenunciables, pero puede haber excusa para desempeñar respectivamente la patria potestad, la tutela o la curatela. En las relaciones conyugales, no cabe la renuncia de ninguna de las facultades que origina el matrimonio, de tal manera que cualquiera estipulación en ese sentido carecerá de efectos jurídicos. En cuanto a los derechos patrimoniales, la facultad de exigir alimentos se

caracteriza como irrenunciable, pero entendida como derecho a los alimentos en el futuro, no a las pensiones ya causadas, pues respecto a éstas sí cabe que el acreedor alimentista renuncie a dichas pensiones.

10.—*Derechos familiares transigibles e intransigibles.*—Expresamente el artículo 2948 del Código Civil vigente estatuye: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio". En consecuencia, no puede celebrarse el contrato de transacción respecto a los derechos familiares extrapatrimoniales, como son todos los que derivan del estado civil de las personas.

En cuanto a los derechos familiares de carácter patrimonial, previene el artículo 2949 que: "Es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración de estado civil pudieran deducirse a favor de una persona; pero la transacción, en tal caso, no importa la adquisición del estado". No obstante, el alcance general del precepto transcrito, se reduce sensiblemente en sus aplicaciones prácticas, toda vez que en materia de alimentos se prohibe expresamente la transacción en los artículos 321 y 2950, fracción V, permitiéndose sólo en el artículo 2951 cuando versa sobre las cantidades ya causadas, es decir, las que ya son debidas por alimentos.

11.—*Derechos familiares transmisibles por herencia y extinguibles por la muerte de su titular.*—Todos los derechos conyugales terminan con la muerte de uno de los cónyuges, pero en cuanto a la facultad para heredar en la sucesión legítima, como cónyuge supérstite, la ley reconoce expresamente esta posibilidad, permitiendo en el artículo 1624 que concurra a la herencia con los descendientes del de cujus y reciba la misma parte que correspondería a un hijo, siempre y cuando carezca de bienes o los que tenga al morir el autor de la sucesión no igualen a la porción que a cada hijo deba corresponder.

Los derechos derivados del parentesco se extinguen necesariamente con la muerte del titular, aun en sus consecuencias patrimoniales relativas a alimentos. Sólo en materia hereditaria encontramos una modalidad en la herencia por estirpes. En los alimentos, no cabe la posibilidad de que se transmitan hereditariamente, pues este derecho se concede sólo a la persona del titular y en razón de sus necesidades individuales.

12.—*Tesis de Cicu respecto a los derechos subjetivos familiares.*—Este tema es desarrollado por el citado autor, determinando en primer lugar la diferente estructura de las relaciones familiares y de las relacio-

nes privadas, para considerar que aquéllas se identifican con las relaciones públicas, pues en ambas el centro de gravedad radica fundamentalmente en el deber más que en el derecho, tal como ocurre tratándose de la patria potestad y de la tutela.

Partiendo Cicu de su tesis básica o sea, de la identificación entre las relaciones familiares y las de derecho público, considera que las distintas funciones que el ordenamiento jurídico reconoce para lograr la solidaridad familiar, excluye toda idea de libertad individual. Por consiguiente, acepta que el centro de gravedad de tales relaciones radica en los deberes jurídicos y no en los derechos subjetivos, pues para entender bien la estructura jurídica de la familia, deben tomarse en cuenta las funciones que sus distintos miembros deben realizar, bien sea por virtud del parentesco, del matrimonio, de la patria potestad o de la tutela. Por esto la doctrina uniformemente reconoce que en las relaciones paterno-filiales principalmente existe en quienes desmpeñan la patria potestad un conjunto de obligaciones más que de derechos, otorgándose éstos sólo en la medida necesaria para cumplir aquéllas.

13.—*Definición de los deberes subjetivos familiares.*—Los deberes subjetivos familiares se definen como los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente al otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre sí.

El estado de sujeción jurídica que constituye el género próximo de la definición anterior, es inherente a todo deber jurídico y consiste en la subordinación que desde el punto de vista del derecho guarda un sujeto que se denomina "obligado" frente a otro sujeto llamado "pretensor". En los deberes subjetivos familiares, este estado de sujeción jurídica adquiere las características de una situación permanente, por cuanto que se manifiesta en un conjunto o serie de obligaciones que se van renovando continuamente, a diferencia de lo que ocurre en los deberes jurídicos personales o sea, de los que existen a cargo del deudor, pues éstos se caracterizan generalmente como temporales y se extinguen, por lo tanto, una vez que son cumplidos, sin que haya posibilidad de renovación. Se exceptúan aquellas obligaciones que nacen de los contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento, el depósito, el comodato, el mandato, la sociedad, etc., en los que los distintos obligados sí reportan deberes jurídicos de renovación sucesiva.

14.—*Clasificación de los deberes jurídicos familiares.*—Los deberes jurídicos familiares admiten las mismas clasificaciones que anteriormente

enumeramos para los derechos subjetivos familiares. Por consiguiente, podemos hablar de deberes patrimoniales y no patrimoniales, absolutos y relativos, de interés público y de interés privado, renunciables e irrenunciables, transmisibles e intransmisibles, temporales y vitalicios, transigibles e intransigibles, transmisibles por herencia y extinguibles por la muerte de su titular. Para no incurrir en repeticiones inútiles, podemos decir en términos generales que los deberes de familia tendrán las características de los derechos correlativos. En consecuencia, habiendo determinado ya en qué casos tales facultades tienen los atributos mencionados, podemos consecuentemente apreciar a su vez la naturaleza jurídica de las obligaciones que son correlativas. Justamente la correlatividad a que nos referimos permite dar el mismo contenido a la facultad y al deber, pero vistos desde el ángulo del pretensor o del obligado.

15.—*Actos jurídicos familiares.*—Los actos jurídicos familiares son aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas.

16.—*Clasificación de los actos jurídicos familiares.*—Ya hemos expresado un primer criterio de clasificación para distinguir tales actos en unilaterales, bilaterales y plurilaterales. Desde otro punto de vista podemos distinguir actos jurídicos privados, públicos y mixtos.

Los actos jurídicos privados son aquellos que se realizan por la simple intervención de los particulares. Es decir, no requieren para su constitución que intervenga un funcionario público.

Los actos jurídicos mixtos son aquellos que para su constitución misma requieren la intervención de los particulares y de un funcionario del Estado, como elemento esencial para que pueda existir el acto. En el matrimonio, en la adopción, en el reconocimiento de hijo, en el divorcio voluntario, en la revocación de la adopción, etc., tenemos siempre la concurrencia de las partes interesadas, pero, además, la necesaria intervención de un funcionario público, sin el cual no puede celebrarse el acto jurídico.

Los actos jurídicos públicos son aquellos que se realizan por la intervención única de un órgano del Estado, sin que en su celebración concurran las manifestaciones de voluntad de la parte o partes que resulten afectadas por el acto. En el derecho familiar podemos considerar como actos jurídicos públicos, exclusivamente a las sentencias que se pronun-

cien en los conflictos familiares, tales como la de la nulidad del matrimonio, la de divorcio, y las que establezcan la paternidad o maternidad.

17.—*Tesis de Cicu en relación con los actos jurídicos del derecho familiar.*—Bajo la denominación de "negocios jurídicos del derecho familiar" se analizan por el jurista italiano un gran número de cuestiones jurídicas de indiscutible importancia. Desde luego estima que la teoría del negocio jurídico tal como se formula en el derecho privado, no tiene aplicación en el derecho público y, por consiguiente, en el derecho familiar. Partiendo de esta tesis, concluye que el matrimonio no es un contrato, sino un acto de poder estatal; que tampoco es contrato la promesa de matrimonio (esponsales). Carecen asimismo de carácter contractual la separación conyugal, y la reconciliación entre los cónyuges, la adopción, el reconocimiento de un hijo natural y el desconocimiento de la paternidad legítima.

18.—*Especialidad de los actos jurídicos del derecho familiar.*—Parte Cicu de la siguiente observación: en el derecho privado es fundamental la teoría del negocio jurídico, de tal suerte que constituye la base de la mayor parte de las instituciones. Puede afirmarse que gran parte del edificio jurídico de carácter patrimonial depende exclusivamente de la autonomía de la voluntad para la libre consecución de propósitos individuales. En consecuencia, este dato sería suficiente para dudar a priori de que la teoría del negocio jurídico sea aplicable al derecho de familia.

"Expresamos la convicción de que la teoría de los negocios de derecho público debe ser radicalmente separada de la teoría de los negocios de derecho privado: esto en conformidad con la dirección aquí afirmada y con la diversa estructura que atribuimos a las relaciones jurídicas en uno y otro campo. La falta de certeza y la escasa elaboración de la doctrina de los negocios jurídicos de derecho público, nos impide proporcionar aquí una prueba positiva de la verdad de lo que afirmamos. Pero se nos consentirá, en aclaración de nuestro pensamiento, decir también que atribuimos a una dirección exageradamente formalística la tendencia a propugnar un concepto unitario de negocio jurídico. Que concurra en todo caso una manifestación de voluntad, que ésta tenga en general requisitos de validez, nos parecen elementos demasiado escasos para una teoría unitaria, cuando se contraponga a ella la consideración de que, en un caso, el cometido del derecho objetivo es valorar voluntades en conflicto, como manifestaciones de intereses en conflicto, a la luz del principio de la responsabilidad individual; en el otro, en cambio, el de valorar una o varias voluntades como manifestación vinculada de un interés superior establecido a priori". (*Ob. cit.*, págs. 302 y 303).

19.—*Actos del derecho familiar que no son contratos.*—Aplica su tesis al matrimonio para considerar que es el principal negocio del dere-

cho familiar que aun cuando se constituye mediante el acuerdo de dos voluntades, no es un contrato. Al tratar de las diferentes tesis sobre este importante problema jurídico, expondremos la opinión de Cicu.

Considera también que la promesa de matrimonio o esponsales no tiene el carácter de un contrato, pues no da derecho a un vínculo familiar y, por lo tanto, ni siquiera puede ser incluida entre los negocios del derecho de familia. La ley la priva de toda eficacia vinculativa. Sus efectos son extracontractuales, siendo impotente la voluntad de las partes para obligarse a celebrar el matrimonio. La ley sólo puede sancionar con el pago de daños y perjuicios el rompimiento injustificado de los esponsales.

20.—*Ineficacia de la voluntad en los actos jurídicos del derecho familiar para producir ciertas consecuencias.*—Fundado en las premisas que anteceden, afirma el jurista italiano que la voluntad privada no es eficaz para constituir, modificar o disolver los vínculos jurídicos familiares. Presenta como ejemplos los siguientes:

a) Es nulo el pacto de contraer solamente el matrimonio religioso; b) Es asimismo nulo todo pacto que tienda a modificar los atributos de la patria potestad; c) Es nulo todo pacto o acto unilateral que tienda a modificar los atributos de la potestad marital o los derechos y deberes de cada uno de los cónyuges; d) Es también nulo todo pacto o acto unilateral que tienda a modificar el ordenamiento de la tutela: los poderes consentidos por la ley al testador o progenitor han de considerarse como excepcionales; e) Es nulo el pacto en el que se excluya la emancipación que se producirá como consecuencia necesaria del matrimonio y aquel en el cual el progenitor se obliga a emancipar al hijo, o restringir los efectos de la emancipación; f) Son nulos los pactos en los cuales el hijo acepte o rechace un reconocimiento, o aquellos en los cuales los progenitores se obliguen a excluir de la legitimación por subsecuente matrimonio, a determinado hijo; g) Finalmente carecen de eficacia las transacciones sobre los derechos familiares.

21.—*Los actos jurídicos del derecho familiar no admiten términos ni condiciones.*—Tampoco se pueden sujetar a términos o condiciones los actos del derecho familiar en los que la voluntad privada funciona como condición de un pronunciamiento estatal y que se distingue de aquellas en donde sólo existe manifestación del poder familiar. Por esta razón, la separación entre los cónyuges, la reconciliación y la adopción no pueden quedar sujetas a modalidades (Manenti, Dusi, Chironi y Abello). Fadda

y Bensa en sus notas a las pandectas, t. I, página 1025, consideran que no cabe establecer condiciones suspensivas en la separación que acuerden los consortes porque ésta "debe ser fruto de una reflexión ponderada; debe ser la consecuencia de una imposibilidad actual de vida en común".

En nuestro derecho expresamente el artículo 147 del Código Civil estatuye que: "Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".

22.—*La representación en los actos jurídicos familiares.*—En el capítulo referente a la representación en los actos jurídicos del derecho de familia, Cicu admite como principio la improcedencia de esta institución, que se acepta en el derecho privado como una consecuencia de la autonomía de la voluntad; pero en el derecho de familia, propiamente no es que exista una representación legal, sino una función orgánica para los casos que ya antes se enumeran.

En nuestro derecho el artículo 44 estatuye: "Cuando los interesados no puedan concurrir personalmente, podrán hacerse representar por un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en un instrumento privado otorgado ante dos testigos. En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de Primera Instancia, Menor o de Paz". En consecuencia, partimos de un principio opuesto al que postula Cicu, que depende de las disposiciones especiales del Código Civil italiano.

23.—*Enumeración de las sanciones del derecho familiar.*—Las principales sanciones que regula el derecho de familia son las siguientes: inexistencia, nulidad, revocación, divorcio, reparación del daño, ejecución forzada, uso de la fuerza pública y cumplimiento por equivalente de algunas prestaciones.

Podemos distinguir en términos generales las sanciones del derecho privado y las sanciones del derecho público.

Las sanciones del derecho privado comprenden las distintas formas antes enunciadas. Por consiguiente, no obstante las características que tiene el derecho familiar y el indiscutible interés público que existe en sus normas e instituciones, las sanciones que regula pertenecen a las grandes categorías del derecho privado.

24.—*Inexistencia.*—La inexistencia es una sanción que tiene por objeto declarar que un acto jurídico carece de sus elementos esenciales y, por lo tanto, es "la nada" para los efectos del derecho. Es decir, se desconoce toda existencia al acto jurídico y se le priva totalmente de efectos en virtud de que le falta al mismo un elemento esencial o de definición, sin el cual no puede concebirse siquiera.

Es justamente en el derecho de familia en donde se originó en Francia la teoría de la inexistencia a propósito de ciertos matrimonios. En este sentido dice Planiol en su *Tratado Elemental de Derecho Civil,* tomo I (traducción de José M. Cajica Jr., Puebla 1946):

"Origen de la teoría de los actos inexistentes.—La distinción entre los actos nulos y los inexistentes era desconocida por el antiguo derecho. Fue inventada a propósito del matrimonio para privar a ciertas uniones de todo efecto civil, aunque la ley no decrete su nulidad. Su idea se ha encontrado en las siguientes palabras del Primer Cónsul: «Es necesario no confundir —dice— los casos en que el matrimonio no existe y aquellos en que puede nulificarse... No existe matrimonio cuando se ha asentado que la mujer dio su consentimiento no siendo esto cierto; si la mujer lo otorgó, y pretende después que fue forzada a ello, hay matrimonio, pero puede ser anulado». La teoría fue presentada primeramente por Zachariae (tomo III, 450); a partir de entonces ha sido aceptada por todos los autores, felices de encontrar en ella un medio para evitar las dificultades y poder anular los matrimonios sin un texto legal. Pero nunca han logrado ponerse totalmente de acuerdo sobre los detalles, ni, sobre todo, que su teoría sea aceptada por la jurisprudencia". (*Ob. cit.,* págs. 185 y 186).

25.—*Nulidad.*—La nulidad ha sido considerada como la sanción perfecta del derecho, en virtud de que tiene por objeto privar de efectos y consecuencias al acto jurídico. Desde el momento en que la ley destruye con carácter retroactivo todas las consecuencias que pudo haber producido un acto nulo, se considera que existe una sanción perfecta, pues el derecho impide que tenga eficacia el acto contrario a la ley o bien el acto en el cual existen ciertos vicios internos como son la incapacidad, los vicios de la voluntad y la inobservancia de las formalidades legales.

26.—*Revocación.*—La revocación puede tener dos aspectos como sanción cuando una de las partes está facultada para dejar sin efectos un acto jurídico o bien como un simple acuerdo entre los interesados para destruir, por mutuo disenso, todas las consecuencias de un acto jurídico.

La revocación como sanción jurídica está reconocida en el derecho de familia tratándose de la adopción, pues el artículo 405 permite que por ingratitud del adoptado, el adoptante exija judicialmente que se

declare por sentencia la revocación. En el artículo 406 se precisan los casos de ingratitud que comprenden diversos hechos ilícitos. En cambio, la fracción I del artículo 405 se refiere a un caso de revocación por mutuo disenso que no tiene las características de una sanción jurídica.

El divorcio por mutuo consentimiento se presenta también como un caso de revocación, pero no constituye una sanción jurídica.

En la tutela existe como sanción la revocación del cargo en los términos del artículo 504 y por las causas que el citado precepto señala. Dice así: "Serán separados de la tutela: I.—Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela; II.—Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado; III.—Los tutores que no rindan sus cuentas dentro del término fijado por el artículo 590; IV.—Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad; V.—El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159; VI.—El tutor que permanezca ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñar la tutela".

27.—*Divorcio.*—El divorcio ha sido considerado como una sanción específica del derecho familiar, pero sólo en todos aquellos casos que supongan un hecho ilícito entre los cónyuges, en relación con los hijos o respecto de terceras personas, que la ley ha tipificado como bastante para originar la ruptura del vínculo conyugal. Independientemente de esta sanción existe el divorcio llamado remedio que se concede en los casos de ciertas enfermedades, de enajenación mental incurable y de impotencia.

28.—*Reparación del daño.*—La reparación del daño es una sanción del derecho privado en general, pero tiene principalmente aplicación tratándose de las relaciones patrimoniales. En el derecho de familia, no obstante, la ley se refiere a diferentes formas de reparación del daño moral o patrimonial, por diversos hechos ilícitos.

Bajo la forma general de indemnización de daños y perjuicios, el Código Civil contiene múltiples sanciones contra todo hecho ilícito en el matrimonio, en los casos de divorcio que causen daño al cónyuge inocente, en la administración de los bienes por los que ejercen la patria potestad y en las responsabilidades del tutor y curador.

También en relación con la tutela, el Código contiene múltiples disposiciones que hacen responsables a los tutores o curadores de los

daños y perjuicios que causen a los incapaces por los diferentes hechos ilícitos que al efecto se regulan en los preceptos relativos. Desde luego en esa materia se contienen constantes prohibiciones respecto a la conducta del tutor, y la violación de las mismas se traducen en un hecho ilícito que está sancionado desde el punto de vista patrimonial, con el pago de daños y perjuicios.

Respecto al curador, el artículo 626 enumera sus obligaciones consistentes en defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él; vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento de las autoridades todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapaz; dar aviso al propio juez para que se haga el nombramiento del tutor cuando éste faltare o abandonare el cargo. El incumplimiento de estas obligaciones se sanciona de acuerdo con el artículo 627 con el pago de los daños y perjuicios que se causen al incapaz.

29.—*Ejecución forzada y uso de la fuerza pública.*—La ejecución forzada se refiere en general al embargo de bienes de todo aquel que resulte condenado en juicio; también puede imponerse como acto inicial del mismo en los casos en que proceda la vía ejecutiva o como diligencia prejudicial, cuando hubiere temor de que el deudor oculte o enajene sus bienes. En el derecho familiar existe también la ejecución forzada, supuesto que se presentan casos en los que es necesario proceder al embargo de bienes del deudor o del sujeto responsable de los daños y perjuicios causados, según hemos explicado anteriormente.

30.—*Cumplimiento por equivalente de algunas prestaciones.*—En el derecho civil patrimonial es frecuente que las prestaciones incumplidas se traduzcan en un equivalente a efecto de llevar a cabo la ejecución forzada sobre los bienes del deudor. Es decir, en aquellos casos en que no es posible obtener que el obligado realice exactamente la prestación debida, bien porque no se puede hacer coacción sobre su persona en las obligaciones de hacer, o porque no existan ya las cosas debidas en las obligaciones de dar, se recurre a una prestación por equivalente para compensar al acreedor o al sujeto activo en las relaciones patrimoniales en general. En el derecho de familia, las obligaciones que hemos analizado, generalmente no motivan su conversión en un equivalente pecuniario, de tal manera que sólo se podrá recurrir a este medio cuando se trate de prestaciones económicas, como la obligación alimentaria y la responsabilidad por daños y perjuicios.

31.—*Sanciones especiales del derecho familiar.*—Además del divorcio como sanción específica en las relaciones conyugales, podemos citar la pérdida y suspensión de la patria potestad en los casos que después indicaremos, así como las incapacidades para desempeñar el cargo de tutor, y la pérdida y suspensión del mismo.

De acuerdo con el artículo 444: "La patria potestad se pierde: I.—Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; II.—En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283; III.—Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; IV.—Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses". Además, conforme el artículo 447 la patria potestad puede suspenderse por virtud de una sentencia condenatoria que implique como pena tal suspensión; es decir, en este caso se presenta como consecuencia de un hecho ilícito. En las dos primeras fracciones del mencionado artículo, la suspensión de la patria potestad ocurre por incapacidad declarada judicialmente o por ausencia. Se trata por consiguiente, de casos que no implican hechos ilícitos y, por lo tanto, no quedan incluidos dentro de los casos de las sanciones.

CAPITULO III

Supuestos Especiales del Derecho Familiar

1.—*Enumeración de los supuestos propios del derecho familiar.*—Para la enumeración mencionada, partiremos de una clasificación inicial, distinguiendo al efecto supuestos principales y supuestos secundarios en el derecho familiar.

Podemos considerar como supuestos principales al parentesco, al matrimonio y al concubinato y como supuestos secundarios la concepción del ser, el nacimiento, distintos grados durante la minoría de edad, la emancipación, la mayoría de edad, la edad de sesenta años para los avocados a la patria potestad o a la tutela, la muerte, el reconocimiento de hijos, la legitimación, las causas de divorcio, la nulidad del matrimonio,

las causas de disolución de la sociedad conyugal y, en general, la condición moral de determinadas personas.

Trataremos sucesivamente de los supuestos mencionados, principiando por los secundarios debido a que el parentesco, el matrimonio y el concubinato merecerán por su importancia un estudio especial. Para el parentesco haremos su análisis en el apartado siguiente; en cuanto al matrimonio y al concubinato, su estudio se llevará a cabo al ocuparnos de las instituciones del derecho familiar.

2.—*Concepción del ser.*—Este hecho jurídico viene a realizar diferentes hipótesis normativas que se refieren respectivamente al derecho de las personas, al derecho de familia, al derecho hereditario y al contrato de donación.

a) Por lo que se refiere al derecho de las personas, la concepción del ser es fundamental para que se otorgue la protección jurídica que menciona el artículo 22 del Código Civil.

b) En cuanto al derecho de familia, se toma en cuenta la concepción del ser para determinar el momento inicial en la filiación legítima y para presumir la filiación paterna en el concubinato.

La misma base admite el artículo 383 al estatuir: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I.—Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; II.—Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina".

c) En el derecho hereditario se atiende a la concepción del ser para que exista personalidad jurídica en el heredero o en el legatario.

d) Para el contrato de donación el artículo 2357 expresamente estatuye: "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

En el derecho de familia la concepción del ser determina el momento inicial de las relaciones de parentesco y, especialmente, las que se derivan de la filiación legítima o natural; por lo tanto, prepara las consecuencias que después van a sobrevenir si hay un nacimiento viable. Expresamente el artículo 337 dispone que no podrá entablarse demanda respecto a la determinación de la paternidad cuando no exista un nacimiento viable, es decir, cuando el nacido no viva veinticuatro horas completamente desprendido del seno materno o no sea presentado vivo al Registro Civil.

3.—*Nacimiento.*—El nacimiento es un supuesto jurídico de múltiples consecuencias en todo el derecho y, especialmente, en el derecho de familia, pues en primer lugar inicia de manera plena la personalidad que sólo para ciertos efectos se reconoce en el ser concebido. Además, origina ya las relaciones de parentesco, con la obligación de alimentos a cargo de los progenitores y es la base para originar la patria potestad o la tutela en determinados casos.

4.—*Distintos grados durante la minoría de edad.*—La capacidad de las personas físicas va sufriendo una modificación constante desde la concepción del ser hasta que llegan a la mayor edad.

5.—*Emancipación.*—La emancipación interesa tanto al derecho de las personas como al derecho de familia. Respecto al primero determina una semicapacidad de ejercicio en el menor emancipado, pues conforme al artículo 643 del Código Civil, éste tiene la libre administración de sus bienes, con las restricciones que el propio precepto señala para contraer matrimonio, enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces y comparecer en juicio como actor o como demandado. Al derecho de familia le interesa también la emancipación, por cuanto que de acuerdo con el artículo 641: "El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor no recaerá en la patria potestad". Es decir, el estado de emancipación se presenta en este caso como consecuencia del matrimonio del menor emancipado.

Los efectos que interesan al derecho de familia respecto a la emancipación, además de los ya mencionados, son una consecuencia del nuevo estado que se crea en el menor y consisten: a) En la extinción de la patria potestad según lo declara expresamente el artículo 443 fracción II. y b) En la modificación de la tutela.—En el artículo 606, fracción I, se estatuye: "La tutela se extingue: I.—Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad". En esta última parte del precepto se reconocen los efectos de la emancipación en cuanto que modifica la tutela, pues por virtud de aquélla ha desaparecido el estado de incapacidad del menor para la administración de sus bienes y la ejecución de actos de dominio respecto de cosas o derechos muebles. Para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces se conserva una incapacidad de ejercicio, pero ya no se requiere la intervención del tutor, supuesto que tales actos tendrán que llevarse a cabo mediante autorización judicial (artículo 643, fracción II). Sólo para que el menor emancipado

comparezca en juicio se requiere de un tutor (artículo 643, fracción III). Por esto en el artículo 449 se dice que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La incapacidad legal a que se refiere el precepto es justamente la de los menores emancipados; al efecto, el artículo 451 dice: "Los menores de edad emancipados tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo del capítulo I del título décimo de este libro".

En conclusión, podemos sostener que respecto a la tutela no existe propiamente una extinción de la misma en todas sus manifestaciones, dado que para el menor emancipado se mantiene tal institución, pero sólo a efecto de que pueda ser representado por un tutor en los negocios judiciales. Por consiguiente, encontramos un efecto modificativo más que extintivo de la tutela.

6.—*Mayoría de edad.*—Lo mismo que para la emancipación, la mayoría de edad interesa tanto al derecho de las personas como al derecho de familia. En el derecho de las personas, el artículo 24 previene: "El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley". A su vez los artículos 646 y 647 respectivamente estatuyen: "La mayor edad comienza a los veintiún años cumplidos". "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes". Desde luego podemos notar que no sólo la mayoría de edad interesa exclusivamente al derecho de las personas, sino también a todo el derecho en general, por cuanto que determina una plena capacidad de ejercicio en el sujeto antes incapacitado por su minoría de edad y, además le permite disponer libremente de su persona y de sus bienes. Estas dos posibilidades vienen a determinar consecuencias importantes en el derecho de familia y en el derecho patrimonial en general, tanto civil, mercantil, obrero y agrario.

7.—*Edad de sesenta años.*—Esta edad es un supuesto jurídico que toma en cuenta el artículo 448 a efecto de que los que ejercen la patria potestad pueden excusarse del desempeño de la misma. También el artículo 511, fracción VI, permite a los que tengan sesenta años cumplidos excusarse del cargo de tutor. Para el curador se aplica el mismo principio de acuerdo con el artículo 622.

8.—*Muerte.*—La muerte está prevista en diferentes preceptos del derecho familiar para operar consecuencias importantes. Las principales son las siguientes:

a) Las relaciones parentales de consanguinidad, afinidad y adopción terminan con la muerte de cualquiera de los parientes relacionados.

b) En el matrimonio, la muerte de uno de los cónyuges o de ambos, en su caso, extingue el vínculo conyugal con todas las consecuencias inherentes a tal situación.

c) En el caso de que se hubiera entablado demanda de divorcio y sobreviniere la muerte de uno de los consortes, se dará fin al juicio, sin que se afecten para nada los derechos y obligaciones de los herederos del cónyuge muerto.

d) En materia de donaciones entre consortes, de acuerdo con el artículo 232, la muerte del cónyuge donante origina la consecuencia importante de que vendrá a hacer irrevocable la donación.

e) La patria potestad se extingue por la muerte del ascendiente que la ejerce, en los términos del artículo 443: "La patria potestad se acaba: I.—Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II.—Con la emancipación; III.—Por la mayor edad del hijo".

f) En la tutela, también se extingue este estado jurídico del pupilo porque desaparezca su personalidad. (Artículo 666, fracción I). La muerte del tutor, como es natural, no puede originar la terminación de la misma, pues en este caso se procederá a la designación de nuevo tutor.

9.—*Reconocimiento de hijos.*—El reconocimiento de un hijo puede tener dos efectos principales: a) declarativo y b) constitutivo.

Existe el efecto declarativo cuando estando ya acreditada la filiación por otro medios, el reconocimiento sólo tiene por objeto hacerla constar de manera indubitable, con todos sus derechos y obligaciones.

10.—*Legitimación.*—La legitimación, como el reconocimiento, produce la consecuencia importante de que acredita para todos los efectos legales una situación de hecho difícil de probar y, sobre todo, ignorada para el derecho en la mayoría de los casos. En la legitimación se produce además la consecuencia de que cambia la situación jurídica del hijo natural para convertirse en hijo legítimo, con todos los derechos y obligaciones reconocidos para esta última categoría. Conforme al artículo 354: "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se ten-

gan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración".

11.—*Causas de divorcio.*—Las diferentes causales de divorcio que enumeran los artículos 267 y 268, deben ser estudiados como supuestos jurídicos de gran importancia en el derecho familiar. Al tratar del divorcio haremos el estudio de cada una de sus causas.

12.—*Nulidad del matrimonio.*—La nulidad del matrimonio viene a producir consecuencias semejantes a las del divorcio, por cuanto que también da término al vínculo conyugal, pero respecto a los hijos y a los bienes se producen efectos distintos.

13.—*Causas de disolución de la sociedad conyugal.*—Respecto a este supuesto jurídico ya hemos venido determinando las diferentes causas que originan la disolución de la sociedad conyugal. Por lo tanto, habrán de tomarse en cuenta las distintas situaciones que se presenten según las causas de divorcio, nulidad del matrimonio, muerte de uno de los cónyuges, ausencia o disolución por mutuo consentimiento de los consortes para dar término a la sociedad conyugal.

14.—*Condición moral de determinadas personas.*—En el derecho de familia se advierte una de las influencias continuas de la moral en la regulación jurídica, desde el punto de vista de la condición moral que deben tener determinados sujetos.

En las relaciones de potestad, expresamente el artículo 444 sanciona la inmoralidad de las personas que ejercen el citado derecho, con la pérdida del mismo. Puede también, de acuerdo con el artículo 447, fracción III, decretarse simplemente la suspensión por cierto tiempo para el ejercicio de la patria potestad.

En la tutela se requiere una condición moral para desempeñar el cargo de tutor. Por este motivo el artículo 503 prohibe ser tutores a las personas que carezcan de tal condición, regulándose los distintos casos en las fracciones III, IV, V, VI y XIII.

Para la adopción se toma en cuenta también la calidad moral del adoptante y por esto la ley establece una serie de requisitos para que el juez pueda aprobar o denegar la adopción.

CAPITULO IV

Consecuencias del Derecho Familiar

1.—*Criterio de distinción.*—De acuerdo con lo que hemos expresado relativamente a las consecuencias del derecho en general, trataremos para el derecho de familia dos tipos de consecuencias: a) Las relacionadas con la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, de obligaciones y de estados jurídicos; b) Las referentes a la aplicación de determinadas sanciones.

A continuación expondremos de una manera breve lo relacionado con cada una de las consecuencias antes mencionadas:

2.—*Consecuencias de creación de derechos de obligaciones y de estados jurídicos.*—En el derecho familiar las consecuencias constitutivas o de creación se presentan principalmente respecto a los estados jurídicos, que a su vez originan un conjunto de derechos y obligaciones de manera más o menos permanente.

Los principales estados jurídicos que se crean dentro del seno de la familia, constituyen las diversas manifestaciones del estado civil de las personas en sus distintas calidades de parientes, cónyuges o incapaces sujetos a patria potestad y tutela. Por lo tanto, cada uno de los estados mencionados originará un conjunto de derechos y obligaciones, según lo hemos apreciado al tratar este tema con anterioridad.

El matrimonio, la adopción, la legitimación y reconocimiento de hijos y los regímenes patrimoniales que reconoce la ley en las relaciones de los consortes, se presentan principalmente como consecuencias de actos jurídicos que, aun cuando operan dentro de los límites de la ley, ésta les atribuye un radio de acción con cierta dosis de libertad en la constitución de tales estados jurídicos.

3.—*Consecuencias de la transmisión de derechos, deberes y estados jurídicos.*—Las consecuencias de transmisión son excepcionales en el derecho familiar, sin embargo, pueden presentarse en dos casos: a) en la adopción, y b) en la tutela testamentaria.

La adopción permite una verdadera transferencia de la patria potestad de los padres consanguíneos, al adoptante. Expresamente el artículo 403 dice así: "Los derechos y obligaciones que resulten del parentesco

natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al padre adoptivo". Según el precepto mencionado, por virtud de la adopción se produce un efecto modificativo y a la vez translativo, pues subsistiendo el conjunto de derechos y obligaciones originadas por el parentesco consanguíneo, se agregan los que vienen a crear el parentesco civil entre adoptante y adoptado.

En la tutela testamentaria también podemos encontrar un efecto de transmisión de derechos, supuesto que el artículo 470 faculta al ascendiente que sobrevive, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, para nombrar un tutor testamentario a aquellos menores que estaban bajo su guarda, incluyendo al hijo póstumo. Por virtud del nombramiento de tutor testamentario, se excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados (artículo 471). Tal exclusión se entiende, conforme al precepto siguiente, sólo para el caso de que los ascendientes excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, limitándose entonces la tutela al tiempo que dure el impedimento, a no ser que el testador hubiere dispuesto expresamente que la exclusión sea absoluta.

4.—*Consecuencias de modificación de derechos.*—Las consecuencias modificativas que se presentan en el derecho familiar, generalmente operan como un efecto de las consecuencias constitutivas, translativas o extintivas. Por ejemplo, el matrimonio y la adopción son instituciones cuya función principal consiste en crear los estados jurídicos respectivos que ya hemos analizado, pero por virtud de tal creación se viene a modificar la situación jurídica de las partes. En las consecuencias translativas ya hemos precisado con anterioridad qué efectos de modificación a su vez ocurren en los dos casos analizados. Por último, en las consecuencias extintivas, como son las relativas a la emancipación, a la pérdida o terminación de la patria potestad o de la tutela, se producen a su vez efectos de modificación, pues si es verdad que extingue un estado jurídico, también no es menos cierto que se cambia el estado general de capacidad de la persona, o la situación de la misma dentro del grupo familiar.

5.—*Consecuencias de extinción respecto a los derechos, obligaciones y estados jurídicos del derecho familiar.*—Son frecuentes esta clase de consecuencias que el Código Civil regula en distintos casos. Principalmente podemos señalar las consecuencias extintivas que se presentan por virtud de la disolución del matrimonio en los casos de divorcio,

nulidad de aquél o muerte de uno de los cónyuges. En su oportunidad trataremos con toda amplitud tales consecuencias a las que ya nos hemos referido incidentalmente con anterioridad. En el orden patrimonial, la disolución de la sociedad conyugal trae consigo también efectos extintivos en cuanto a los bienes.

En la patria potestad y en la tutela, las consecuencias de extinción se presentan bien sea por la muerte de los incapaces o porque salgan de ese estado.

CAPITULO V

Relaciones Jurídicas del Derecho Familiar

1.—*Definición.*—Las relaciones jurídicas del derecho familiar son aquellas vinculaciones de conducta que se constituyen por el parentesco, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la patria potestad o la tutela.

a) En cuanto al parentesco se considera que comprende todas las relaciones específicas de la filiación legítima o natural y de la patria potestad.

b) Respecto a las relaciones que origina el divorcio, generalmente se comprenden en el estudio de las relaciones conyugales, como una prolongación y consecuencia de la mismas, pero en nuestro concepto tal punto de vista es inadecuado.

c) Por último, las relaciones propias de la tutela deben ser estudiadas independientemente de aquellas que se crean por la patria potestad, pues tienen supuestos y contenidos diferentes. Desde luego, en nuestro derecho, la tutela es una institución que supone la no existencia de la patria potestad. Sólo en casos excepcionales pueden concurrir ambas instituciones; pero entonces se trata de casos que la propia ley considera como de tutelaje especial. Normalmente la definición que da el artículo 449 al determinar el objeto de la tutela, es precisamente excluyendo la patria potestad, pues nos dice que: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley. En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de

los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413". De esta suerte, la tutela puede presentarse como una institución auxiliar o complementaria de la patria potestad. (Nos referimos a la tutela de los menores cuando mueren sus padres o abuelos). Pero puede tener un contenido totalmente distinto, como ocurre en la tutela de los mayores de edad sujetos a interdicción. También se dan los casos de la tutela propia de los emancipados, sólo para que comparezcan en juicio (artículo 415 y 643 frac. III); o bien, la tutela interina regulada por el artículo 449, en los casos especiales señalados por la ley, como ocurre en la hipótesis prevista por el artículo 440 o sea, cuando los que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de sus hijos o nietos, pues entonces los incapaces serán representados, en juicio y fuera de él, por el tutor nombrado especialmente por el juez para cada caso.

2.—*Características generales de las relaciones familiares.*—El estudio de cada una de las relaciones del derecho familiar, será objeto de los títulos siguientes de este volumen, es decir, comprenderá todas las instituciones familiares y los regímenes patrimoniales conectados con las mismas. Por lo tanto, aquí sólo daremos una idea general para caracterizar las relaciones mencionadas.

Podemos decir que en el derecho familiar se regulan relaciones privadas, patrimoniales y no patrimoniales, de carácter relativo, es decir, oponibles a sujetos determinados.

Las relaciones familiares son de carácter privado, en virtud de que sólo intervienen particulares como sujetos activos y pasivos de las mismas.

La intervención del Estado en los actos y casos que regula el Código Civil, no puede darle carácter público a la relación jurídica, pues en el derecho sólo tienen esa naturaleza aquellos vínculos que se crean directamente entre el particular y el Estado, figurando éste generalmente como sujeto pasivo de la relación.

Las relaciones familiares pueden ser patrimoniales o no patrimoniales. Ya hemos explicado que fundamentalmente se originan vínculos que tienen carácter moral o simplemente humano, como ocurre en el matrimonio y en todos los deberes que impone el parentesco, principalmente entre parientes de la línea recta o transversal hasta el segundo grado. En este sentido cabe afirmar que el derecho y obligación de alimentos, aun cuando tienen contenido patrimonial, suponen una relación jurídica de naturaleza distinta, como es la que deriva de la sangre y de

la adopción. Al tratar de las diferentes instituciones familiares, principalmente del matrimonio, de la filiación y de la adopción, determinaremos el contenido no patrimonial de las relaciones respectivas.

Existen también en el derecho de familia relaciones de carácter económico, por cuanto que la regulación jurídica de los bienes es esencial tanto para determinar una base económica a la familia, como para definir la situación de los consortes, que de otra manera podrían entrar en conflicto ente sí o con respecto de terceros. De aquí la necesidad de que el derecho regule el patrimonio de familia, como una institución que ha ido tomando cada vez más importancia en los tiempos actuales.

En las relaciones que se originan por virtud de la sociedad conyugal o del régimen de separación de bienes, tenemos también un contenido patrimonial totalmente distinto de aquel que constituye el objeto del matrimonio. De aquí que podamos distinguir entre la institución matrimonial con su conjunto de derechos y obligaciones y el contrato especial de sociedad conyugal, con un alcance exclusivamente referido a los bienes.

3.—*Elementos que intervienen en la relación jurídica familiar.*—De acuerdo con lo expuesto al principio de este capítulo, las relaciones jurídicas deben contener todos los elementos simples o conceptos jurídicos fundamentales que ya hemos analizado: sujetos, objetos, supuestos, consecuencias y cópula "deber ser". En las relaciones del derecho familiar tenemos que encontrar todos y cada uno de los elementos antes mencionados. Por lo que toca a los sujetos, es evidente que no puede darse ninguna relación de derecho sin que exista por lo menos un sujeto activo y un sujeto pasivo.

En cuanto a los objetos que pueden regular las relaciones jurídicas, ya hemos indicado que éstos pueden ser directos o indirectos; y de esta manera en el derecho familiar tenemos como formas directas de conducta, todas aquellas que constituyen obligaciones de hacer, de no hacer, o de tolerar; en cambio, en las formas indirectas tenemos las que se refieren a las cosas en la prestación alimentaria, en la sociedad conyugal, en el régimen de separación de bienes, en las donaciones antenupciales o entre consortes, en la administración de los bienes de los que están sujetos a patria potestad o tutela y en la regulación jurídica del patrimonio familiar.

Los supuestos jurídicos, como fuentes normativas de aquellas relaciones, crean las consecuencias del derecho familiar, que ya han sido precisadas en términos generales, determinando tanto los supuestos que

denominamos principales (parentesco y matrimonio), como los secundarios, cuyo análisis especial hicimos al efecto.

También nos hemos referido ya a las consecuencias propias del derecho familiar, comparándolas con aquellas que son generales en todo derecho.

Por último, la cópula "deber ser", como nexo que indefectiblemente encontramos en toda regulación jurídica, funciona, como es evidente, en todo el derecho familiar.

INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA

TITULO III

DEL PARENTESCO Y DE LOS ALIMENTOS

CAPITULO I

Del Parentesco

1.—*Del parentesco en general.*—Dos son las fuentes principales del derecho familiar: el parentesco y el matrimonio.

Planiol, señala tres: el matrimonio, la filiación y la adopción. (*Ob. cit.*, t. I, pág. 306).

El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.

En el parentesco, la situación estable que se crea entre los diversos sujetos relacionados permite la aplicabilidad constante de todo el estatuto familiar relativo a esta materia, para que no sólo se produzcan consecuencias momentáneas o aisladas, sino para que se mantengan las mismas en forma más o menos indefinida.

Las tres formas del parentesco (por consanguinidad, por afinidad o por adopción) deben estar declaradas y reconocidas por la ley, pues aun cuando podría pensarse que los vínculos derivados de la sangre los impone la naturaleza misma, también no es menos cierto que sólo en la medida que el derecho reconozca la existencia de esos vínculos consanguíneos habrá parentesco para los efectos de la ley.

En el parentesco por afinidad y en el parentesco civil o por adopción, la ley es la que determina quiénes son los sujetos vinculados por la relación parental y los actos jurídicos (el matrimonio o adopción) que producirán las consecuencias de derecho.

2.—*Parentesco consanguíneo.—Líneas.*—El parentesco consanguíneo es aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor común. El artículo 297 define el parentesco consanguíneo en dos líneas: recta y transversal, en los siguientes términos: "La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común".

La línea recta puede ser ascendente o descendente. Dice al efecto el artículo 298: "La línea recta es ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; descendente es la que liga al progenitor con los que de él procedan. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atienda".

La línea transversal puede ser igual o desigual, según que los parientes se encuentren en el mismo grado o en grados distintos. Por ejemplo, los *hermanos* se encuentran en parentesco colateral igual de segundo grado; los primos hermanos asimismo se encuentran colocados en un parentesco transversal igual de cuarto grado, en cambio, los tíos en relación con los sobrinos se encuentran en un parentesco colateral desigual de tercer grado.

La forma de computar el parentesco en la línea recta consiste en contar el número de generaciones o bien el número de personas, excluyendo al progenitor. Dice el artículo 299.—"En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor". De esta suerte, los hijos se encuentran con relación a los padres en primer grado, pues sólo hay una generación entre ellos, o bien, si contamos por el número de personas tendremos dos (hijo y padre), pero debemos excluir al progenitor, resultando así que hay un solo grado.

En la línea transversal el cómputo es menos sencillo, por cuanto que existen en realidad dos líneas: el artículo 300 con toda claridad estatuye lo siguiente: "En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común".

Gráficamente podemos representar el parentesco en línea directa, por una línea recta en la cual señalaremos con un círculo cada uno de los ascendientes o descendientes que queramos relacionar. Bastará que hagamos el recuento de los círculos que representan a las personas, ex-

cluyendo al progenitor común, para tener así el grado de parentesco existente entre padre e hijo, abuelo y nieto, bisabuelo y bisnieto, etc., etc. Conforme a dicho cómputo, los padres se encuentran en primer grado, los abuelos en segundo, los bisabuelos en tercero en relación con los hijos, nietos y bisnietos.

La línea transversal se representa gráficamente por un ángulo cuyo vértice queda constituido por el progenitor común y los lados por los diferentes parientes que queramos relacionar. Para computar los grados partiremos de un determinado pariente, por ejemplo del sobrino y ascenderemos hasta el vértice que estará representado por el ascendiente común, es decir, por el abuelo, para descender después por el otro lado del ángulo hasta llegar al tío, contando el número de personas con exclusión del ascendiente común.

José Arias, *Derecho de Familia,* Buenos Aires, 1943, págs. 39 a 44.

3.—*Parentesco por afinidad.*—El parentesco por afinidad se define en el artículo 294 de la siguiente manera: "El parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón". En realidad este tipo de parentesco viene a constituir una combinación del matrimonio y del parentesco consanguíneo, pues presenta la línea recta y la línea transversal, computándose los grados en la forma que ya hemos explicado. De esta suerte la esposa entra en parentesco de afinidad con los ascendientes, descendientes o colaterales de su marido, en los mismos grados que existan respecto a los citados parientes consanguíneos. Es decir, se encuentra en el parentesco de primer grado en línea recta ascendente con sus suegros, en parentesco colateral igual de segundo grado con sus cuñados y así sucesivamente. A su vez, si su marido ha tenido hijos, nietos o descendientes en general de otro matrimonio, contraerá también parentesco por afinidad con esas personas. Lo propio podemos decir del marido en relación con los parientes de su esposa.

En nuestro derecho el parentesco por afinidad produce sólo consecuencias muy restringidas, pues no existe el derecho de alimentos que se reconoce en algunas lgislaciones como la francesa entre el yerno o nuera y sus suegros o bien, en una manera general, entre afines de primer grado en la línea directa. Sólo aceptamos como consecuencia jurídica importante la de que el matrimonio no puede celebrarse entre parientes por afinidad en línea recta. Tampoco tal forma de parentesco da derecho a

heredar. Dice al efecto el artículo 1603: "El parentesco de afinidad no da derecho de heredar".

Ha sido duramente criticado el sistema francés que reconoce el derecho de alimentos entre los parientes afines en primer grado en la línea directa. El propio Planiol así lo reconoce, considerando que el Código Napoleón establece un sistema injusto al desconocer el derecho de alimentos entre hermanos y, sin embargo, admitirlo entre los citados afines.

Por virtud del divorcio se extingue el parentesco por afinidad, así como en los casos de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por nulidad. El principio tradicional se enuncia diciendo que: "muerta mi hija, muerto mi yerno". Sin embargo, para nuestro derecho la consecuencia principal, por no decir la única, subsiste o sea, el impedimento para contraer matrimonio entre afines de la línea recta, ya que justamente sólo en la hipótesis de disolución del vínculo por divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges, es cuando existirá el impedimento para que pueda celebrarse el matrimonio entre afines.

4.—*Parentesco por adopción.*—El parentesco por adopción resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y que para algunos autores constituye un contrato. Por virtud del mismo se crean entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo. Tal como se encuentra regulada esta institución en los artículos 390 a 410 del Código Civil, se desprende que la misma nace de un acto jurídico de carácter mixto en el que concurren las siguientes personas: 1.—Los que ejercen la patria potestad o tutela de la persona que se trata de adoptar (en su defecto, las personas que lo hayan acogido y lo traten como a un hijo). 2.—El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección. 3.—El adoptante que debe ser mayor de treinta años, en pleno ejercicio de sus derechos, no tener descendientes y sobrepasar por lo menos en 17 años al adoptado. 4.—El adoptado si es mayor de catorce años. 5.—El juez de Primera Instancia que conforme al artículo 400 debe dictar sentencia autorizando la adopción.

En la adopción expresamente el artículo 397 dispone que deberán consentir en ella los que ejerzan la patria potestad, el tutor en su caso, o las personas que hayan acogido al adoptado, y a falta de ellas el Ministerio Público. Además, deberán concurrir el adoptante y el adoptado si es mayor de catorce años, observándose el procedimiento que regula el Código de la materia a efecto de que el juez pueda dictar la resolución

judicial autorizando o no la adopción. Propiamente, según la secuela antes indicada, no existe un verdadero contrato entre las diversas partes que intervienen para la adopción, por lo que preferimos hablar de un acto jurídico plurilateral mixto.

Las consecuencias en cuanto a la adopción ya la hemos venido mencionando y principalmente se reducen a aplicar todo el conjunto de derechos y obligaciones que impone la filiación legítima entre padre e hijo, al adoptante y adoptado. También ya hemos indicado que en nuestro derecho la adopción crea un impedimento entre las partes para el matrimonio, según previene el artículo 157, pero sólo subsiste en tanto dure el lazo jurídico resultante de la adopción. Por tanto, no se extiende a los parientes del adoptante ni a los parientes del adoptado de acuerdo con lo que también estatuye el artículo 402 a efecto de limitar las consecuencias del vínculo sólo entre dichos sujetos. Posteriormente nos referiremos a esta institución jurídica, después de tratar de la patria potestad.

5.—*Consecuencias jurídicas del parentesco.*—Mencionaremos sólo las consecuencias jurídicas del parentesco consanguíneo, que fundamentalmente son las siguientes:

1ª—Crea el derecho y la obligación de alimentos.

2ª—Origina el derecho subjetivo de heredar en la sucesión legítima, o la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria, bajo determinados supuestos.

3ª—Crea determinadas incapacidades en el matrimonio y en relación con otros actos o situaciones jurídicas. En la tutela legítima constituye la base para el nombramiento del tutor.

4ª—Origina los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que se contraen sólo entre padres e hijos, abuelos y nietos, en su caso.

CAPITULO II

De los Alimentos

1.—*Definición.*—Los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco y abarcan de acuerdo con el artículo 308 la comida, el vestido la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, comprenden, además, los gastos necesarios para

la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Los alimentos también se presentan como una consecuencia del matrimonio, estatuyendo al efecto el artículo 302: "Los cónyuges deben darse alimentos. La ley determinará cuándo queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale".

El parentesco por afinidad no engendra en nuestro derecho, según ya lo hemos indicado, el derecho y obligación de alimentos.

En cuanto al parentesco por adopción, dado que crea los mismos derechos y obligaciones que el parentesco legítimo entre padre e hijo, se crea sólo entre adoptante y adoptado el derecho y la obligación de darse recíprocamente alimentos, según las necesidades del acreedor y las posibilidades económicas del deudor.

Podemos definir el derecho de alimentos diciendo que es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos.

En nuestro derecho, la obligación de dar alimentos se puede satisfacer de dos maneras: a) Mediante el pago de una pensión alimenticia, y b) incorporando el deudor en su casa al acreedor, para proporcionarle los elementos necesarios en cuanto a comida, vestido, habitación y asistencia en caso de enfermedad. Prescribe en este sentido el artículo 309: "El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión competente al acreedor alimentario, o incorporándolo a la familia. Si el acreedor se opone a ser incorporado, compete al juez, según las circunstancias, fijar la manera de ministrar los alimentos". El artículo 310 reglamenta un caso en el cual no podrá haber incorporación del deudor a la familia o casa del acreedor, dice así: "El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir los alimentos, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro, y cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación". Además, existe también inconveniente legal para la incorporación cuando el que debe dar alimentos haya sido privado del ejercicio de la patria potestad como ocurre en los casos de divorcio o bien, cuando se impone tal consecuencia en calidad de pena para los casos previstos en el artículo 444. Evidentemente que en estos distintos casos no podrá el deudor alimentario incorporar al acreedor, pues entonces de hecho continuaría ejerciendo la patria potestad o bien, privaría de ese derecho a la persona que conforme a la ley tuviera la facultad de desempeñarla.

2.—*Características de la obligación alimentaria.*—Estas características son las siguientes: 1ª—Es una obligación recíproca; 2ª—Es personalísima; 3ª—Es intransferible; 4ª—Es inembargable el derecho correlativo; 5ª—Es imprescriptible; 6ª—Es intransigible; 7ª—Es proporcional; 8ª—Es divisible; 9ª—Crea un derecho preferente; 10ª—No es compensable ni renunciable y 11ª—No se extingue por el hecho de que la prestación sea satisfecha.

Analizaremos sucesivamente las distintas características antes indicadas.

3.—*Reciprocidad de la obligación alimentaria.*—La obligación de alimentos se caracteriza como recíproca y al efecto expresamente dispone el artículo 301: "La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos". En las demás obligaciones no existe esa reciprocidad, pues un sujeto se caracteriza como pretensor y otro como obligado, respecto de la misma prestación.

4.—*Carácter personalísimo de los alimentos.*—La obligación alimentaria es personalísima por cuanto que depende exclusivamente de las circunstancias individuales del acreedor y del deudor. Los alimentos se confieren exclusivamente a una persona determinada en razón de sus necesidades y se imponen también, a otra persona determinada, tomando en cuenta su carácter de pariente o de cónyuge y sus posibilidades económicas.

En nuestro derecho el carácter personalísimo de la obligación alimentaria está debidamente regulado sin presentarse los problemas que son frecuentes en otras legislaciones respecto a qué persona o personas serán las avocadas a cumplir con la prestación alimentaria. Los artículos 303 a 306 señalan el orden que deberá observarse para definir dentro de varios parientes que se encuentren en posibilidades económicas de dar alimentos, quiénes son los que deberán soportar la carga correspondiente.

5.—*Naturaleza intransferible de los alimentos.*—La obligación alimentaria es intransferible tanto por herencia como durante la vida del acreedor o del deudor alimentario. Se trata de una consecuencia relacionada con la característica anterior. Siendo la obligación de dar alimentos personalísima, evidentemente que se extingue con la muerte del deudor alimentario o con el fallecimiento del acreedor. No hay razón para extender esa obligación a los herederos del deudor o para conceder el dere-

cho correlativo a los herederos del acreedor, pues los alimentos se refieren a necesidades propias e individuales del alimentista y, en el caso de muerte del deudor, se necesita causa legal para que aquél exija alimentos a otros parientes que serán los llamados por la ley para cumplir con ese deber jurídico. En otras palabras, la sucesión del deudor no tiene que reportar como tal, la obligación de alimentos, excepto cuando tratándose de una sucesión testamentaria se esté en los casos previstos por la ley en los artículos 1368 a 1377. En el caso de muerte del acreedor alimentario desaparece la causa única de la obligación, pero si sus herederos estuviesen necesitados (supongamos que dependían económicamente del acreedor que era el sostén de la familia), entonces éstos tendrán un derecho propio en su calidad de parientes y dentro de los límites y grados previstos en la ley, para poder exigir al deudor en la relación jurídica anterior, o a la persona que resulte obligada, la pensión correspondiente.

Hasta aquí nos hemos referido a la prestación alimentaria entre parientes, pues respecto a los cónyuges evidentemente que es también intransferible tanto por herencia como durante la vida del acreedor o deudor. Es decir, cada cónyuge tiene la facultad de exigir alimentos al otro, dentro de los límites y requisitos señalados por la ley, extinguiéndose a su muerte tal derecho y, por lo tanto, la obligación que correlativamente puede tener al respecto. Se exceptúa el caso de la pensión que deba dejarse por testamento al cónyuge supérstite.

Problema distinto a la transmisibilidad o intransmisibilidad de los alimentos es el relativo a la obligación que se impone por el artículo 1368 al testador para dejar alimentos a determinadas personas.

6.—*Inembargabilidad de los alimentos.*—Tomando en cuenta que la finalidad de la pensión alimenticia consiste en proporcionar al acreedor los elementos necesarios para subsistir, la ley ha considerado que el derecho a los alimentos es inembargable, pues de lo contrario sería tanto como privar a una persona de lo necesario para vivir. El embargo de bienes se funda siempre en un principio de justicia y de moralidad a efecto de que el deudor no quede privado de aquellos elementos indispensables para la vida. Por esto los Códigos procesales excluyen del embargo los bienes indispensables para subsistir. Aun cuando de la enumeración que se hace en el citado ordenamiento procesal no se desprende el carácter inembargable de los alimentos, la doctrina lo confirma y el Código Civil nos da elementos para llegar a esa conclusión, tomando en cuenta que

conforme al artículo 321 el derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción.

7.—*Imprescriptibilidad de los alimentos.*—Debemos distinguir el carácter imprescriptible de la obligación de dar alimentos del carácter imprescriptible de las pensiones ya vencidas. Respecto al derecho mismo para exigir alimentos en el futuro se considera por la ley como imprescriptible, pero en cuanto a las pensiones causadas, deben aplicarse los plazos que en general se establecen para la prescripción de las prestaciones periódicas. Según lo expuesto, debe entenderse que el derecho que se tiene para exigir alimentos no puede extinguirse por el transcurso del tiempo mientras subsistan las causas que motivan la citada prestación, ya que por su propia naturaleza se va originando diariamente. No hay un precepto expreso que nos diga que el derecho para exigir alimentos es imprescriptible, pero sí existe el artículo 1160 para la obligación alimentaria en los siguientes términos: "La obligación de dar alimentos es imprescriptible".

8.—*Naturaleza intransigible de los alimentos.*—Los artículos 321, 2950, fración V, y 2951 regulan el carácter intransigible de los alimentos. Se permite en el artículo 2951 celebrar transacciones sobre las cantidades ya vencidas por alimentos, en virtud de que ya no existen las razones de orden público que se toman en cuenta para el efecto de proteger el derecho mismo en su exigibilidad futura. Las prestaciones vencidas se transforman en créditos ordinarios y en cuanto a ellos cabe la renuncia o transacción.

9.—*Carácter proporcional de los alimentos.*—La proporcionalidad de los alimentos está determinada de manera general en la ley de acuerdo con el principio reconocido por el artículo 311. "Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos". El juez debe en cada caso concreto determinar esa proporción. Desgraciadamente en México los tribunales han procedido con entera ligereza y violando los principios elementales de humanidad al restringir de manera indebida las pensiones generales de menores o de la esposa inocente en los casos de divorcio. La regla contenida en el artículo 311 se ha interpretado con un franco criterio de protección para el deudor alimentario, traicionando el fin noble que se propone la ley en esta institución. Es evidente que no puede exigirse al juez que proceda con un criterio matemático infalible al fijar la pensión alimen-

ticia, pero en la mayoría de los casos se advierte que teniendo elementos para estimar los recursos del deudor, se calculan los alimentos de sus hijos y de su esposa en los casos de divorcio, en una proporción muy inferior a la mitad de los ingresos del padre.

10.—*Divisibilidad de los alimentos.*—La obligación de dar alimentos es divisible. En principio las obligaciones se consideran divisibles cuando su objeto puede cumplirse en diferentes prestaciones; en cambio son indivisibles cuando sólo pueden ser cumplidas en una prestación. Dice el artículo 2003: "Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero". Tratándose de los alimentos, expresamente en la ley se determina su carácter divisible cuando existen diferentes sujetos obligados según los términos de los artículos 312 y 313. En el caso de que una sola persona sea la obligada, también la naturaleza de los alimentos permite su división. En la doctrina se considera que la prestación alimentaria no debe satisfacerse en especie sino en dinero, lo que permite dividir su pago en días, semanas o meses. Como en nuestro sistema existen dos forma para satisfacer los alimentos, tanto en dinero como incorporando al deudor a la casa del acreedor o a su familia, debe entenderse que sólo serán divisibles en cuanto al modo de pago en el tiempo, si la prestación alimentaria se cobra en efectivo. No tenemos un precepto expreso que impida al acreedor satisfacer en especie lo que necesita el deudor para su comida, vestido, habitación y asistencia en casos de enfermedad. En la doctrina francesa la opinión se orienta en el sentido de que los alimentos deben pagarse precisamente en dinero.

11.—*Carácter preferente de los alimentos.*—La preferencia del derecho de alimentos sólo se reconoce en favor de la esposa y de los hijos sobre los bienes del marido. Este derecho puede también corresponder al esposo en los términos del artículo 166 cuando carezca de bienes y esté incapacitado para trabajar, según lo previene el artículo 164.

Dice así el artículo 165: "La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos, por las cantidades que correspondan para la alimentación de ellas y de sus hijos menores. También tendrá derecho preferente sobre los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo objeto. La mujer puede pedir el aseguramiento de bienes para hacer efectivos estos derechos". Conforme a este precepto, la preferencia que

se concede a la esposa y a los hijos menores se refiere en primer lugar a los productos de los bienes del marido y a los sueldos, salarios o emolumentos del mismo, por las cantidades que correspondan exclusivamente para la alimentación de las citadas personas. En tal virtud debe relacionarse el artículo 165 con los preceptos que conceden a los hijos el derecho de alimentos y a que ya nos hemos referido con anterioridad.

Evidentemente que la preferencia que existe para ciertos acreedores en los casos de concurso, no es la que admite el artículo 165 al conceder a la esposa e hijos menores un derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos. En este último artículo se reconoce una preferencia absoluta sobre esos bienes y por tal motivo debe conciliarse tal preferencia con la que determina la ley en favor de los acreedores privilegiados. En nuestro concepto el problema puede resolverse en los términos siguientes: El Fisco sólo tiene preferencia sobre los bienes que hayan causado los impuestos, pero no sobre los productos de los bienes del deudor alimentario en su calidad de marido, ni sobre los sueldos, salarios o emolumentos del mismo. Los acreedores hipotecarios y pignoraticios a su vez tienen preferencia sólo sobre los bienes dados en prenda o hipoteca, pero la misma no se extiende a los citados productos, sueldos o emolumentos que debe destinar el marido a la subsistencia de su esposa y de los hijos menores. Por último, los trabajadores tendrán preferencia para el pago de los sueldos devengados en el último año y por las indemnizaciones que les correspondan por riesgos profesionales, sobre los bienes del patrón, exceptuando los productos de los mismos y sus sueldos, salarios o emolumentos, pues tales valores se encuentran afectados preferentemente al pago de los alimentos de la esposa y de los hijos menores.

12.—*Los alimentos no son compensables ni renunciables.*—De todo lo dicho anteriormente se desprende que no cabe compensación en materia de alimentos. Expresamente el artículo 2992 estatuye: "La compensación no tendrá lugar: III.—Si una de las deudas fuere por alimentos". Tratándose de obligaciones de interés público y, además, indispensables para la vida del deudor, es de elemental justicia y humanidad el prohibir la compensación con otra deuda, pues se daría el caso de que el deudor quedara sin alimentos para subsistir. Además, siendo el mismo sujeto el que tendría las calidades de acreedor del alimentista para oponerle compensación y deudor de él, necesariamente, si la compensación fuese admitida, renacería por otro concepto su obligación de alimentos, ya que por hipótesis el alimentista seguiría careciendo de lo necesario

para subsistir y, en tal virtud, por este solo hecho habría causa legal suficiente para originar una nueva deuda alimentaria.

En cuanto al carácter irrenunciable del derecho de alimentos, el artículo 321 expresamente estatuye: "El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción". Atendiendo a las características que hemos señalado con antelación y, sobre todo, a la naturaleza predominantemente de interés público que tiene el crédito que nos ocupa, se justifica, como dice Ruggiero, su naturaleza irrenunciable.

13.—*La obligación alimentaria no se extingue por su cumplimiento.*—Las obligaciones en general se extinguen por su cumplimiento, pero respecto de los alimentos, como se trata de prestaciones de renovación continua en tanto subsiste la necesidad del acreedor y la posibilidad económica del deudor, es evidente que de manera ininterrumpida seguirá dicha obligación durante la vida del alimentista.

14.—*Personas que tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos.*—El artículo 315 dice así: "Tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos: I.—El acreedor alimentario; II.—El ascendiente que le tenga bajo su patria potestad; III.—El tutor; IV.—Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado; V.—El Ministerio Público". Siendo los alimentos de interés público, la ley no sólo ha concedido acción para pedir el aseguramiento de los mismos al acreedor alimentario, sino también a otras personas que pueden estar jurídicamente interesadas en el cumplimiento de dicha obligación.

El aseguramiento de los alimentos según el artículo 317 puede consistir en hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrirlos. El significado que tiene el término relativo al "aseguramiento" es distinto en los artículos 315 y 317, pues en el primero se comprende no sólo la garantía que podrá exigirse por el acreedor al deudor, sino también la exigencia misma, mediante juicio, de la prestación alimentaria. Es decir, al enumerar el precepto las personas que tienen acción para pedir el aseguramiento, comprende tanto la acción para exigir el pago, como para obtener la garantía a que alude el artículo 317.

15.—*Causas que extinguen la obligación alimentaria.*—Conforme al artículo 320: "Cesa la obligación de dar alimentos: I.—Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla; II.—Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos; III.—En caso de injuria, falta o daño graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos; IV—Cuando

la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo de alimentista, mientras subsistan estas causas; V.—Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables". Cada una de las causas de extinción de los alimentos depende de su naturaleza jurídica que hemos venido caracterizando a través de los distintos atributos analizados con anterioridad. En efecto, la primera y la segunda de dichas causas se refiere a la extinción de la obligación alimentaria por carecer el deudor de los medios necesarios para cumplirla o cuando desaparezca la necesidad del acreedor. Las causas que regula la fracción III consistentes en injurias, faltas o daños graves inferidos por el acreedor contra el deudor, toman en cuenta el deber de gratitud que existe como base en el derecho de alimentos, pues la ley ha elevado a la categoría de obligación jurídica una obligación moral que impone la consanguinidad tomando en cuenta los lazos de afecto que evidentemente existen entre los parientes. Por lo tanto, cuando no sólo se rompen esos vínculos, sino que la conducta del alimentista llega al grado de violar el deber de gratitud que existe como compensación al auxilio que recibe, es de equidad que cese la obligación alimentaria.

En la fracción IV del artículo 320 se consagra una solución de estricta justicia al privar de alimentos a la persona que por su conducta viciosa o por la falta de aplicación al trabajo, carezca de lo necesario para subsistir. En el derecho francés no existe esta solución de equidad y por esto se ha criticado duramente a un sistema en el cual la ociosidad o la conducta viciosa pueden ser en realidad las fuentes de un derecho, tolerando la ley directa o indirectamente esa clase de actos inmorales. Por otra parte, es evidente que un sistema en el cual se impongan cargas a quienes tienen los elementos necesarios por su dedicación al trabajo y se beneficie a quienes carecen de tales elementos por causas que le son imputables, tendrá como lógica consecuencia la de aniquilar el esfuerzo individual o bien ser una fuente inagotable de conflictos continuos por contrariar los sentimientos más firmemente arraigados en el hombre, que necesariamente se rebelará contra tales injusticias.

Por último, en la fracción V se considera que el alimentista pierde todo derecho cuando sin consentimiento del deudor abandona la casa de éste por causas injustificables. También en este aspecto es encomiable nuestro sistema para no fomentar en los acreedores por alimentos la esperanza ilícita de recibir pensiones abandonando la casa del deudor, así como para no hacer más gravosa de una manera injusta la situación

de este último al duplicarle de manera innecesaria múltiples gastos que pueden evitarse si el alimentista permanece en su casa.

16.—*Abandono de personas.*—Los artículos 322 y 323 del Código Civil regulan las consecuencias que pueden presentarse entre la esposa y terceros, cuando el marido no cumple con la obligación de proporcionarle lo necesario para subsistir. Al efecto estatuye el artículo 322: "Cuando el marido no estuviere presente, o estándalo rehusase entregar a la mujer lo necesario para los alimentos de ella y de los hijos, será responsable de las deudas que la esposa contraiga para cubrir esa exigencia; pero sólo en la cuantía estrictamente necesaria para ese objeto, y siempre que no se trate de gastos de lujo". Tiene interés este precepto, porque es un caso verdaderamente especial en el derecho, el imponer al marido las obligaciones contraídas por su esposa en la medida estrictamente necesaria para que esta última se proporcione alimentos. Toda obligación debe ser contraída directamente por el obligado o su representante legítimo. En la especie, la mujer no obra en representación de su marido, sin embargo, la ley de pleno derecho hace responsable a este último de las deudas que aquélla hubiese contraído y dentro del límite fijado.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA 1965

17.—*"Alimentos. Incorporación del acreedor al seno de la familia del deudor.*—El derecho de incorporar al acreedor alimentario al domicilio del deudor, se encuentra subordinado a la doble condición de que el deudor tenga casa o domicilio propio y de que no exista estorbo legal o moral para que el acreedor sea trasladado a ella y pueda obtener así el conjunto de ventajas naturales y civiles que se comprenden en la acepción jurídica de la palabra alimentos, pues faltando cualquiera de estas condiciones, la opción del deudor se hace imposible y el pago de alimentos tiene que cumplirse, necesariamente, en forma distinta de la incorporación". (Tesis 35 de la última compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, página 118).

TITULO IV

MATRIMONIO

CAPITULO I

ESPONSALES

1.—*Historia.*—"Sistema romano.—Los esponsales 'sponsalia', se distinguían claramente del matrimonio en el derecho romano clásico; pero es probable que en su origen representasen el elemento consensual del matrimonio, el compromiso de tomarse por marido y mujer, y que la 'deductio puellae' no fuese sino la ejecución de este contrato, que se componía así de dos actos sucesivos, el compromiso y la consumación del matrimonio".

"En el derecho clásico, los esponsales ya no son obligatorios, pueden los novios desligarse de ellos, siendo esto consecuencia del derecho que se reconocía ya a los dos cónyuges, de romper el mismo matrimonio. Por consiguiente, los esponsales pueden hacerse por simple convención, y no requieren las formas solemnes de un contrato verbal". (Planiol, *ob. cit.*, t. I, pág. 361).

Eduardo Busso, *Código Civil Anotado,* t. II, Buenos Aires, 1945, pág. 34.

2.—*Definición.*—El artículo 139 del Código Civil define a los esponsales como la promesa del matrimonio que se hace por escrito por un novio al otro y es aceptada por este último. Textualmente dice el precepto: "La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales".

Kipp y Wolff proponen la siguiente definición: "Por esponsales se entiende tanto el convenio de futuro matrimonio entre un hombre y una mujer, como la relación producida por este convenio (el noviazgo"). (*Tratado de Derecho Civil* por Enneccerus, Kipp y Wolff, t. IV, y I, pág. 24).

Los esponsales constituyen un contrato y, por lo tanto, deben llenar todos los elementos esenciales y de validez que exigen respectivamente los artículos 1794 y 1795, es decir, como elementos esenciales: el consentimiento y el objeto y, como elementos de validez: la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la forma, y un objeto, motivo y fin lícitos.

En el artículo 139 se determinan los dos elementos esenciales de los esponsales, supuesto que el consentimiento se comprende por la ley al hablar de la promesa de matrimonio y de su aceptación. Además, el objeto lícito queda determinado al indicar que se trata de una promesa de matrimonio.

En cuanto a los elementos de validez, se exige en el artículo 139 que los esponsales consten por escrito. En consecuencia, será nula la promesa de matrimonio que se haga en forma verbal, aun cuando se apruebe su existencia.

El artículo 140 exige determinada capacidad para celebrar los esponsales, dado que requiere que el hombre haya cumplido 16 años y la mujer 14. Además, cuando los comprometidos son menores de edad, se requiere que consientan en los esponsales sus representantes legales, pues sin este requisito no producirán efectos jurídicos.

En el contrato de esponsales, el consentimiento debe manifestarse libremente y en una forma cierta, es decir, no debe haber violencia, error o dolo. Si existiere alguno de esos vicios, el contrato quedará afectado de nulidad relativa.

3.—*Los esponsales en el derecho germánico y en el derecho canónico.*—"Al principio, no se exigía el asentimiento de la novia, pero se hace indispensable en los derechos nacionales. Bajo el influjo de la Iglesia en la Edad Media, los esponsales concluidos entre el novio y los titulares de la potestad sobre la novia, con asentimiento de ésta, se convierten en esponsales entre el novio y la novia con el asentimiento de los titulares de la potestad sobre esta última. Su efecto no es ya el deber transferir la Munt, sino de una manera inmediata el de emitir las declaraciones de conclusión del matrimonio". (Enneccerus, Kipp y Wolff, *ob. cit.* t. IV, v. I, pág. 25).

4.—*Naturaleza jurídica de los esponsales.*—No obstante que los esponsales constituyen un contrato en el cual se promete y acepta, respectivamente, por los novios, la celebración del futuro matrimonio, se distinguen del antecontrato o contrato preparatorio que regulan los ar-

tículos 2243 a 2247 del Código Civil, en que no producen obligación de contraer el matrimonio, en tanto que el contrato preliminar sí crea la obligación de celebrar el contrato definitivo a que una de las partes o ambas se han obligado.

"La secular experiencia del antiguo derecho canónico y la más reciente de los países anglosajones, que no han acogido en su derecho el rígido principio del art. 79, muestran los gravísimos inconvenientes de coaccionar en la forma que fuere, directamente o con sanciones contractuales, a la ejecución de la promesa de matrimonio. Muestran que el interés de los particulares y el interés general exigen que cada cual, hasta el momento de la celebración, siga siendo libre de arrepentirse y apartarse de la promesa hecha, sin que por ello se amenace con otros males que los extraños al mundo del derecho y que no está en mano del legislador impedir en los casos particulares. Ni que decir tiene que también esta libertad de apartamiento puede ser y es en muchos casos fuente de gravísimos males; pero, comparando los daños que se tendrían forzando directamente o reconociendo valor al pacto que se hubiese formado del pago de una pena para el caso de desistimiento de la promesa de matrimonio y los que se tienen dejando la absoluta libertad de hacerlo, ha considerado el legislador (y la conciencia común está con él) que serían muy superiores los primeros a los segundos. Es libre pues hasta el último momento el arrepentimiento: dilema que se deja a la conciencia de cada cual si sacrificarse por cumplir con la palabra empeñada y contraer un matrimonio que ya no se desea, o hacer uso de la libertad en que el legislador lo deja". (Arturo Carlo Jemolo, *El Matrimonio,* traduc. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 63).

Los efectos de los esponsales para el caso de incumplimiento, son los declarados en el artículo 143, que dice: "El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado. En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales. También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente. La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente".

Eduardo Busso, *Código Civil Anotado,* t. II, Buenos Aires, 1945, pág. 35.

Tomando en cuenta la naturaleza especial de los esponsales, que no son obligatorios, supuesto que no puede exigirse de manera coactiva su cumplimiento, se ha considerado que propiamente no constituyen un contrato de derecho familiar. En cuanto a los efectos que determina el artículo 143, se explican éstos considerando que hay un hecho ilícito sancionado por la ley, cuando se violan los esponsales, o bien, cuando el prometido diere motivo grave para el rompimiento de los mismos. Es decir, las consecuencias jurídicas se producen no por el contrato mismo, sino por el hecho ilícito a que antes se ha hecho referencia.

Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954, t. III, págs. 40 y 41.

Sobre el particular, Bonnecase estudia el carácter anormal de los esponsales y rechaza las conclusiones a que ha llegado la jurisprudencia francesa. Dice así: "Carácter anormal de la solución de la jurisprudencia y de la doctrina sobre los esponsales: los esponsales (según la jurisprudencia) no constituyen un verdadero contrato, y su ruptura simplemente puede dar origen a la aplicación eventual del artículo 1382 del Código Civil. Sentencias de la Corte de casación de 30 de mayo de 1838 y de 11 de junio del mismo año (S., 38.1.494): sentencia Coutreau y de Lavit. El sistema de la doctrina y de la jurisprudencia consiste en declarar absolutamente inoperante, si no es que ilícito, el contrato de esponsales, según determinadas sentencias". (Julián Bonnecase, *Elementos de Derecho Civil,* t. I, traduc. del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, 1945, pág. 507).

Comentando la jurisprudencia francesa, considera Bonnecase que es anormal en cuanto al fin, pues termina por hacer del contrato de esponsales un contrato inmoral o ilícito, dado que declara que carece de fuerza obligatoria, por ser contrario al orden público y a las buenas costumbres, el que tuviese ese efecto. Además, desde el punto de vista de la técnica jurídica también hay contradicción en la jurisprudencia, pues si los esponsales se reducen a un acuerdo de voluntades desprovisto de efectos obligatorios, ¿cómo es posible que originen un hecho ilícito y la obligación de reparar un daño?

5.—*Tesis de Bonnecase respecto a los esponsales.*—"Los esponsales constituyen un verdadero contrato, dotado de la fuerza obligatoria inherente a todo contrato, y generador de responsabilidad contractual en el caso de ruptura injustificada por parte de los contratantes. Por nuestra

parte concluimos en el mismo sentido que Toullier, es decir, en favor de la validez y de la fuerza obligatoria del contrato de esponsales, que situamos bajo la protección de las reglas relativas a la responsabilidad contractual y del régimen de las obligaciones de hacer o de no hacer. Cada uno de los novios es libre de provocar la aplicación del artículo 1142 y de preferir el pago de daños y perjuicios al cumplimiento de su obligación de hacer. Estos daños y perjuicios deben valuarse de acuerdo con los artículos 1146 a 1152 del Código Civil; principalmente, debe presumirse la culpa del autor de la ruptura, conforme al artículo 1148, el cual está obligado a probar la existencia de los motivos legítimos que justifiquen su decisión, si quiere eludir la condena pecuniaria". (*Ob. cit.*, págs. 509 y 510).

Antonio Cicu, *El Derecho de Familia*, traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947, págs. 313 y 314.

6.—*Tesis de Kipp y Wolff.*—"Lo mismo que en el derecho anterior, los esponsales constituyen en la actualidad un contrato y, por tanto, sujeto a las disposiciones que establece el Código Civil, para los contratos (y para los negocios jurídicos)".

Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, t. IV, v. I, págs. 29 y 30.

7.—*El problema de la obligatoriedad de los esponsales.*—Se podría creer a primera vista que los esponsales podrían entrar dentro del sistema general de los contratos preparatorios y, por lo tanto, obligar a la celebración del matrimonio. Sin embargo, en este aspecto, uniformemente la ley, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que los esponsales no pueden producir la obligación de contraer el matrimonio prometido, ni menos aún, producen acción en juicio para exigir coactivamente, por la intervención de los tribunales, que se celebre el matrimonio. Si en materia patrimonial se puede admitir que determinadas razones prácticas justifican la conveniencia de los contratos preparatorios, es evidente que tal tesis resulta insostenible para los esponsales, pues el matrimonio debe ser esencialmente libre en su celebración, careciendo de toda fuerza obligatoria la promesa que se hubiere hecho en ese sentido.

CAPITULO II

EVOLUCIÓN Y CONCEPTO ACTUAL DEL MATRIMONIO

1.—*Importancia del matrimonio en el derecho mexicano.*—Es frecuente afirmar que el matrimonio constituye la base fundamental de todo el derecho de familia.

Para el derecho mexicano se ha modificado radicalmente este punto de vista, por lo que primero haremos referencia a la posición tradicional que formula Ruggiero en los siguientes términos:

"El matrimonio es institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el de matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera. La unión del hombre y de la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada a concubinato cuando no la estima delito de adulterio o incesto; el hijo nacido de unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad; fuera de matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo. Una benigna extensión, limitada siempre en sus efectos, es la hecha por la ley de las relaciones de la familia legítima a las relaciones naturales derivadas de unión ilegítima y ello responde a razones de piedad y a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad contraída por quien procrea fuera de justas nupcias; la artificial creación del vínculo parental en la adopción no es más que una imitación de la filiación legítima. Esta importancia y preeminencia de la institución que hace del matrimonio el eje de todo el sistema jurídico familiar, se revela en todo el derecho de familia y repercute aún más allá del ámbito de éste". (*Ob. cit.*, págs. 712 y 713).

En el derecho mexicano, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917, se sustenta el criterio perfectamente humano de que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad y, especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural. Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones jurídicas de paternidad, maternidad y patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.

El Código Civil vigente ha continuado la obra iniciada por la ley de Relaciones Familiares. Además, equiparó los derechos de los hijos naturales con los de los legítimos y facilitó la prueba de los hijos habi-

dos en concubinato, para considerar posible la investigación de la paternidad, siempre y cuando se justifique que tales hijos fueron concebidos durante el tiempo en que la madre habitó bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo con él maritalmente (artículo 382, fracción III).

En la regulación jurídica del parentesco, de los alimentos, del nombre, del domicilio, de los derechos y obligaciones de los hijos, del sistema hereditario en la sucesión legítima, de la patria potestad y de la tutela, no vuelve a partir nuestra ley de la distinción entre hijos naturales y legítimos, sino que equipara para todos los efectos legales en las distintas instituciones mencionadas a esa clase de descendientes. Por lo tanto, ya no podemos afirmar, como se hace todavía en el derecho europeo y en el americano, que el matrimonio es la institución fundamental del derecho familiar. Menos aún podemos decir que de él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, pues nuestro régimen jurídico parte precisamente de una hipótesis distinta: ha considerado la filiación (legítima o natural) como la base y fuente de todas esas consecuencias jurídicas. Iremos confirmando, al analizar cada una de las instituciones mencionadas, el alcance amplísimo que ha dado la ley mexicana al vínculo que une al progenitor con el descendiente, sin limitarlo exclusivamente, por lo que se refiere a sus efectos, a la filiación nacida del matrimonio.

El criterio sustentado por la nueva legislación mexicana nos parece desde luego más humano y justo que el viejo sistema en el que se desconocen algunos derechos de los hijos, sólo por el hecho de haber nacido fuera de matrimonio. Tal postura no significa minar las bases de la sociedad ni del Estado, ni menos aún fomentar el desarrollo de ideas inmorales en la institución de la familia, para llegar al libertinaje y a las uniones sexuales transitorias o accidentales. Evidentemente que partimos del principio indiscutible de que la unión sexual debe estar reconocida por el derecho para regular una comunidad de vida permanente, tanto biológica como espiritual, pero no desconocemos que sería injusto tomar como base única de las relaciones familiares, la institución del matrimonio, a efecto de desprender de la misma todas las consecuencias en materia de patria potestad, de parentesco, de alimentos, de impedimentos para el matrimonio y en general de derechos y obligaciones para los hijos.

2.—*Evolución sufrida en el concepto del matrimonio.*—Podemos señalar como grandes etapas en la evolución del matrimonio, las siguien-

tes: 1º—Promiscuidad primitiva. 2º—Matrimonio por grupos. 3º—Matrimonio por rapto. 4º—Matrimonio por compra y 5º—Matrimonio consensual.

1).—Promiscuidad primitiva.—Según las hipótesis más fundadas de los sociólogos, en las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre. Los hijos seguían la condición jurídica y social de aquélla, dándose así lugar al matriarcado.

2).—Matrimonio por grupos.—El matrimonio por grupos se presenta ya como una forma de promiscuidad relativa, pues por la creencia mítica derivada del totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y, en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clan. De aquí la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente. En un principio el matrimonio no se celebró en forma individual sino que determinados hombres de un grupo celebraban matrimonio con igual número de mujeres de una tribu distinta. Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, manteniéndose, por lo tanto, el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina, es decir, por la madre. Los hijos siguen en principio la condición social y jurídica que corresponde a los distintos miembros del clan materno. José Kohler en su "Filosofía del Derecho" explica las causas del matrimonio por grupos y el régimen jurídico-religioso del mismo.

3).—Matrimonio por rapto.—En una evolución posterior debida generalmente a la guerra y a las ideas de dominación que se presentan en las distintas colectividades humanas cuando alcanzan cierto desarrollo, aparece el matrimonio por rapto. En esta institución, la mujer es considerada como parte del botín de guerra y, por lo tanto, los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres que logran arrebatar al enemigo, de la misma manera que se apropian de bienes y animales.

4).—Matrimonio por compra.—En el matrimonio por compra se consolida ya definitivamente la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación en función de la paternidad, pues ésta es conocida. Asimismo, la patria potestad se reconoce al estilo romano. Es decir, se admite un

poder absoluto e ilimitado del paterfamilias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.

5).—Matrimonio consensual.—Por último, el matrimonio se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico, en un contrato como se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y del Estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público.

En la evolución del concepto moderno del matrimonio han intervenido distintos factores que podemos fundamentalmente reducir a tres: a).—El concepto romano del matrimonio; b).—El concepto canónico del mismo, y c).—El carácter laico del matrimonio en algunos derechos positivos.

A).—Concepto romano del matrimonio.—Trascribimos la interesante síntesis que formula Ruggiero y de la que se desprende un concepto integral de la institución:

"El matrimonio romano —que en la larga evolución de aquel derecho adoptó configuraciones muy diversas, de forma que el matrimonio justinianeo no es en realidad más que una pálida imagen del arcaico— se halla integrado por dos elementos esenciales. El uno físico, la conjunción del hombre con la mujer, que no debe entenderse como conjunción material de sexos y sí en un sentido más elevado, como unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la deductio de la esposa in domum mariti. La deductio inicia la cohabitación y fija el momento en que el matrimonio se inicia. Desde este instante la mujer es puesta a disposición del marido, se halla sujeta a éste y comparte la posición social del mismo. Este poder del marido sobre la mujer puede ser más o menos intenso, afirmarse enérgicamente en la manus que coloca a la mujer en situación de hija o faltar completamente; la participación en la dignidad, en los honores, en el culto familiar del marido puede ser más o menos plena; la cohabitación puede interrumpirse, el régimen patrimonial puede variar; puede darse una absoluta paridad y una plena bilateralidad de derechos y deberes; pero lo importante es que el elemento físico no falte, que haya un estado de hecho manifestado en la convivencia, en el ponerse la mujer a disposición del marido. El otro elemento es intelectual o psíquico y es el factor espiritual que vivifica el material o corporal, del mismo modo que en la posesión (a ella se equipara el matrimonio en las fuentes romanas con frecuencia) el animus es el requisito que integra o complementa el corpus. Este elemento espiritual es la affectio maritalis, o sea la intención de quererse en el marido y en la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, en un único acto

volitivo, sino que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua, renovándose de momento en momento, porque sin esto la relación física pierde su valor. Cuando estos dos factores concurren, el matrimonio queda constituído; si uno de ellos falta o desaparece, el matrimonio no surge o se extingue". (*Ob. cit.*, v. II, págs. 715 y 716).

B).—Matrimonio canónico.—También sobre esta fase del matrimonio, nos remitimos a la obra de Ruggiero. Dice así: "Profundamente diversa es la concepción del derecho canónico, que reposa sobre fundamentos y bases distintas. La historia de la institución a través de los cánones de la Iglesia es demasiado larga y compleja para poder exponerla aquí en todas sus fases; su evolución está influenciada en la lucha entre la Iglesia y el Estado y sigue las vicisitudes de este conflicto secular... el matrimonio se eleva a la dignidad de sacramento. Según la concepción canónica, es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de una unión de Cristo con la Iglesia, y como ésta, indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento, y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble. Según las palabras del Evangelio los cónyuges no son ahora sino una misma carne (itaque iam duo non sunt, sed un caro) y la unión no se puede disolver si no es por la muerte (quo Deus coniunxit, homo non separet). Esta es la base teológica de la relación y se pretende conciliar con ella la base jurídica; la base jurídica se estructura con las definiciones y pasajes de las fuentes romanas, pero genera consecuencias muy diversas. Interpretando los textos en que se hace alusión al consensus en oposición a la cópula, algunos juristas o curiales, si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él la idea religiosa, ven en el mismo un contrato, porque creen que el consensus, que en los pasajes romanos significa affectio maritalis, equivale a acuerdo o convención, es decir, a un contrato". (*Ob. cit.*, v. II, págs. 717 a 719).

C.—Concepto laico del matrimonio.—En el *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp y Wolff, se expresan las causas que permitieron crear un concepto laico sobre la institución matrimonial. En dicha obra se considera que la reconquista del derecho matrimonial y de la jurisdicción en los casos matrimoniales, por el poder del Estado, deriva de tres factores: El protestantismo, las ideas de la Iglesia galicana y las del derecho natural.

"Del protestantismo. Los reformadores, aunque no sin vacilaciones, rechazan la naturaleza sacramental del matrimonio: principalmente Lutero califica el matrimonio como una 'cosa externa, mundana, como el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular' "... "De la Iglesia galicana. En Francia durante el siglo XVI se difundió una teoría teológico-jurídica que separaba dentro del matrimonio el contrato del sacramento: la regulación del contrato es competencia exclusiva del Estado, pero es supuesto para recibir el sacramento del matrimonio".— "Del derecho natural. Los teóricos del derecho natural de los siglos XVII y XVIII niegan, igual que Lutero, la naturaleza sacramental del matrimonio y toman del galicanismo la concepción del matrimonio como un contractus civilis". (*Ob. cit.*, t. IV, v. I, págs. 13 y 14).

Las relaciones que existan entre el derecho canónico y la regulación laica del matrimonio, en los distintos países, han sido precisadas por Kipp y Wolff de la siguiente manera: Los derechos positivos pueden contener una regulación puramente confesional a efecto de que a los católicos se les aplique el derecho canónico y a los protestantes su derecho común. Puede también admitirse una regulación confesional con carácter de derecho supletorio para aquellos casos en los cuales el derecho vigente en un país determinado no comprenda una reglamentación completa sobre el matrimonio. En esta hipótesis se aplicará supletoriamente la regulación eclesiástica correspondiente.

En México, el artículo 130 de la Constitución de 1917 ha declarado que el matrimonio es un contrato civil y, por lo tanto, se regula exclusivamente por las leyes del Estado sin que tengan ingerencia alguna los preceptos del derecho canónico. Sin embargo, debe reconocerse que para la debida interpretación de las normas que regulan los impedimentos, así como para las sanciones de nulidad, es necesario tomar en cuenta el antecedente del derecho canónico. Desde nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 el matrimonio ha quedado totalmente reglamentado por la ley civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Oficial del Registro Civil competente, como en lo que atañe a la materia de impedimentos, a los casos de nulidad y a los efectos de la institución. También el divorcio ha sido regulado por esos ordenamientos, primero bajo la forma de separación de cuerpos y después, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, como forma que disuelve totalmente el vínculo conyugal.

CAPITULO III

NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

1.—*Diferentes puntos de vista en el estudio del matrimonio.*—El matrimonio ha sido considerado desde distintos puntos de vista:

1.—Como institución.
2.—Como acto jurídico condición.
3.—Como acto jurídico mixto.
4.—Como contrato ordinario.
5.—Como contrato de adhesión.
6.—Como estado jurídico, y
7.—Como acto de poder estatal.

2.—*El matrimonio como institución.*—En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo. Para el citado autor, el enlace entre las normas es de carácter teleológico, es decir, en razón de sus finalidades.

Para Hauriou, la institución es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos" ("La théorie de l'institution et de la fondation").

El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para el logro de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social. En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos del poder, asumiendo igual auto-

ridad como ocurre en el sistema mexicano, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia de la institución, desde el matrimonio por rapto.

La tesis de Hauriou aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también el estado de vida que le da significación tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma.

3.—*El matrimonio como acto jurídico condición.*—Se debe a León Duguit haber precisado la significación que tiene el acto jurídico condición. Distingue el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición, en su *Tratado de Derecho Constitucional.* Define el último, como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

4.—*El matrimonio como un acto jurídico mixto.*—Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

5.—*El matrimonio como contrato ordinario.*—Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes.

Planiol y Ripert reconocen que aun cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual. Sin embargo admiten que en el matrimonio existe una naturaleza mixta.

En contra de la tesis de que el matrimonio es un contrato, tenemos las opiniones de Ruggiero y Bonnecase. El primero se expresa así:

"Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquél un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato, aunque los contratos constituyan la categoría más amplia de tales negocios. Nada se gana con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia contractual. Precisamente las normas que no sólo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aun en tal caso está muy limitada. Opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista". (*Ob. cit.*, pág. 722).

Bonnecase, en su obra: "La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia" (traducción del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, 1945) ha sostenido que es totalmente falsa la tesis contractual. Al efecto, el ilustre jurista francés hace un estudio de la naturaleza del matrimonio desde todos los puntos de vista en que sería posible considerarlo, para condenar sin ambages la teoría contractual y adhe-

rirse a la tesis institucional del matrimonio. Desde luego rechaza el punto de vista de Planiol de que el legislador francés haya procedido con un espíritu de moderación y cordura en la regulación jurídica de la familia y en cuanto a la concepción del matrimonio como un contrato, reconoce que de los trabajos preparatorios del Código Napoleón resulta con evidencia, que los redactores del mismo, a pesar de todos sus esfuerzos no lograron sustraerse a la creación de la idea del matrimonio-contrato, aun cuando precisaron algunas diferencias. Especialmente influyó la obra de Juan Jacobo Rousseau, el "Contrato Social". También las ideas de Pothier que se adhirió asimismo a la tesis de Rousseau. Expresamente este último nos dice: "El matrimonio es el más excelente y antiguo de todos los contratos. Aun considerándolo únicamente en el orden civil es el más excelente, porque la sociedad civil está más interesada en él. Es el más antiguo, porque fue el primer contrato que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo formado a Eva de una de las costillas de Adán, y que la hubo presentado a éste, nuestros dos primeros padres celebraron un contrato de matrimonio. Adán tomó a Eva por esposa... Eva tomó recíprocamente a Adán por su esposo" (cita de Bonnecase, en las págs. 169 y 170 de su obra antes citada, tomada del *Contrato Social de Rousseau*).

En el matrimonio, considera Bonnecase, que no se cumplen las reglas que lo caracterizan como un contrato, ni menos aún existe el principio de la autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus efectos y disolución.

En cuanto a los efectos del matrimonio, encuentra el citado autor que hay una diferencia aún más radical, si se le compara con el contrato, pues el principio de la autonomía de la voluntad que domina sin excepción las consecuencias de los contratos conforme al artículo 1156 del Código Napoleón, no tiene ninguna aplicación en materia matrimonial. Los consortes no pueden alterar el régimen del matrimonio, estipulando derechos y obligaciones distintos de los que imperativamente determina la ley. Carece de valor cualquier pacto que los contrayentes estipularen para cambiar el régimen legal o modificar los fines del matrimonio.

En cuanto a su disolución, el matrimonio también se separa radicalmente de los contratos, pues no depende de la voluntad de los consortes disolver el vínculo matrimonial; en cambio, todo contrato concluye por el mutuo disenso.

Por nuestra parte, creemos que debe desecharse totalmente la tesis contractual del matrimonio, pues además de las razones expuestas por

Bonnecase, debe reconocerse que en el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participa en forma constitutiva del mismo, el Oficial del Registro Civil. Por otra parte, en nuestro derecho se caracteriza también como acto solemne, de tal manera que requiere para su existencia que se levante el acta matrimonial en el libro correspondiente con el conjunto de formalidades que después estudiaremos. En este aspecto se vuelve a comprobar la intervención activa del citado Oficial del Registro Civil, que no sólo declara unidos en matrimonio a los contrayentes, sino que tiene que redactar y levantar una acta cumpliendo estrictas solemnidades en su constitución. Los mismos autores que han admitido la existencia del matrimonio como contrato, no han podido negar la característica que tiene como acto jurídico mixto y el papel esencial que juega el Oficial del Registro Civil.

En nuestro derecho, el artículo 155 del Código de 1884 decía expresamente: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". En el Código Civil de 1870, el artículo 159 había consagrado la citada definición que después reprodujo textualmente el Código de 1884. En la Ley de Relaciones Familiares, el artículo 13 decía: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". En el Código Civil vigente ya no se contiene una definición del matrimonio, de tal suerte que no se le caracteriza expresamente como un contrato pero diferentes preceptos aluden al mismo dándole la categoría de contrato.

Aun cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917, tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y después el Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por esto en el artículo 130 de la Constitución de 17, se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda

ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto. Así se explica que el artículo 147 del Código vigente prohiba toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, es decir, a la perpetuación de la especie y a la ayuda recíproca que se impone a los consortes. Por la misma razón el artículo 182 declara: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio". De estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina, el sistema contractual. Es decir, no sólo no se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o modalidades que afecten a este régimen que se considera de interés público. En este sentido es de aplicación estricta el artículo 6º del propio Código, conforme al cual la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. El mismo precepto permite que se renuncien los derechos privados que no afecten directamente el interés público, y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, sí afectaría gravemente al interés público. En cuanto a la forma de disolución del matrimonio, la ley dispone que el divorcio sólo procederá por las causas que señala o por mutuo consentimiento de los consortes. Ahora bien, podría pensarse que en esta forma de divorcio se aplica el régimen contractual ya que se equipara al mutuo disenso, pero la diferencia es evidente si se reflexiona que no puede haber divorcio sin la intervención de un Juez o del Oficial del Registro Civil en el caso de que no haya habido hijos y los consortes no tengan bienes o hubieren liquidado la sociedad respecto a los mismos. Por lo tanto, no basta el mutuo consentimiento de los consortes por sí solo para disolver el matrimonio, se requiere siempre la intervención de un funcionario del Estado y sobre todo, entretanto no exista la sentencia del Juez Civil o la declaración del Oficial del Registro Civil decretando el divorcio, subsiste el vínculo matrimonial.

6.—*El matrimonio como contrato de adhesión.*—Como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Situación semejante es la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en

ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma. En el caso del matrimonio se estima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados.

7.—*El matrimonio como estado jurídico.*—Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

El matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho, según que nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho, en los sistemas que le niegan a aquél efectos jurídicos.

El estado matrimonial tiene consecuencias importantes respecto a la vigencia del matrimonio, a sus efectos y a su disolución, pues aun cuando se inicia por un acto jurídico, en realidad se perfecciona a través de la vida en común; sin el estado matrimonial no puede cumplirse el deber de convivencia que existe entre los esposos. Por consiguiente, faltando ese estado puede darse el caso de disolución en los términos de las fracciones VIII y IX del artículo 267.

8.—*Tesis de Antonio Cicu.—El matrimonio no es un contrato, sino un acto de poder estatal.*—Transcribimos textualmente la interesante opinión del jurista italiano:

"El matrimonio no es formalmente contrato.—Pero de una manera mucho más radical nosotros creemos poder atacar la concepción contractual del matrimonio, *negando también la forma del contrato".*

"Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del oficial del estado civil".

"*El matrimonio es acto de poler estatal.*—Estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al oficial, y por él recogida personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tienen ningún valor jurídico. *Nosotros deducimos de esto que la ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento; éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio*".

"Lo que más contribuye a mantener firme la concepción contractual es la consideración de que hay libertad de unirse o no en matrimonio, y que sin la concorde voluntad de los esposos el matrimonio no es concebible; que incluso el consentimiento es aquí más simple, más vinculante. Pero no se advierte que esto no tiene nada que ver con la valoración jurídica; es siempre el punto de vista privadístico el que altera la visión; y así el mismo no puede explicar por qué en casos en los que el consentimiento es pleno, y el propósito es precisamente aquel que sustancialmente se atribuye al matrimonio (ejemplo, matrimonio religioso), jurídicamente no se tenga nada; especialmente no puede dar razón de la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo. No se advierte que mientras el contrato limita la libertad de un contratante frente al otro, el matrimonio no limita, sino que excluye la libertad, y pone por eso necesariamente a los esposos frente a un poder superior (Divinidad, Estado). Por eso, el Estado no interviene como extraño. Se tiene, en cambio, interés familiar, elevado a interés estatal. Si después de esto se quiere todavía hablar de negocio jurídico familiar, nosotros no tenemos dificultad en estar de acuerdo: con tal que el negocio no se haga consistir en el contrato entre los esposos, y en todo caso, se deje de lado la concepción privadística".

CAPITULO IV

Elementos Esenciales y de Validez del Matrimonio

1.—*Elementos esenciales del matrimonio.*—Para determinar los elementos esenciales del matrimonio, aplicaremos la doctrina general relativa al acto jurídico, pues la naturaleza especial que hemos señalado

para aquél, no impide que en su celebración se tomen en cuenta las disposicoines generales que en el Código Civil regulan los contratos y que por disposición del artículo 1859 son aplicables a los demás actos jurídicos en tanto que no se opongan a la naturaleza de los mismos o a disposiciones expresas de la ley.

Jemolo, *El Matrimonio,* págs. 51 y 52.
Juan Carlos Rébora, *Instituciones de la Familia,* Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1946, t. II, págs. 29 y 30.

Por la regulación que hace el Código Civil respecto a los matrimonios nulos, se desprende que se aceptan en principio todas las disposiciones contenidas en el propio Código respecto a existencia y validez de los contratos (artículos 1794 y 1795), así como las reglas sobre capacidad, vicios del consentimiento, objeto, motivo y fin de los contratos, inexistencia y nulidad de los actos jurídicos. Relacionando el artículo 2224 con el 1794, podemos sostener que son elementos esenciales de un acto jurídico: a) La manifestación de voluntad, y b) La existencia de un objeto física y jurídicamente posible.

A su vez, de acuerdo con los artículos 1795, 1798, 1812 a 1834, 2225 a 2231, son elementos de validez de todo acto jurídico, los siguientes:

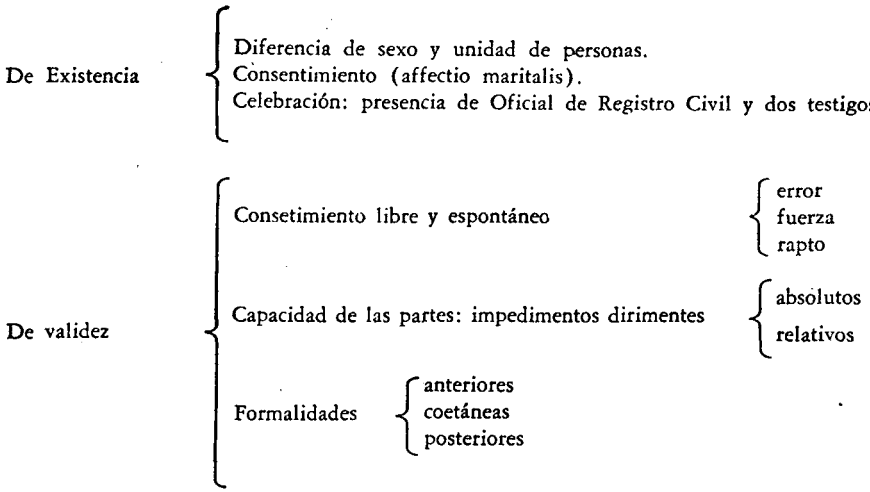
1.—Capacidad;
2.—Ausencia de vicios en la voluntad;
3.—Licitud en el objeto, fin o condición del acto, y
4.—Firma, cuando la ley la requiera.

Siendo el matrimonio un acto jurídico, tiene elementos esenciales y de validez. Los primeros están constituidos respectivamente por la manifestación de voluntad de los consortes y del Oficial del Registro Civil y por el objeto específico de la institución, que de acuerdo con la ley consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, tales como hacer vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente, guardarse fidelidad recíproca, etc.

En cuanto a los elementos de validez, en el matrimonio se requiere, como para todos los demás actos jurídicos la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto. En cuanto a la forma, determinaremos el papel que desempeña en el matrimonio, pues, alternativamente puede ser un simple elemento de vali-

dez o bien un elemento esencial para la existencia del acto, por constituir una verdadera solemnidad.

"Cuadro de requisitos del matrimonio"



(Cuando tomado de la obra de Fernando Fueyo Laneri, t. VI, *Derecho de Familia,* v. I, pág. 92.)

Podemos definir los elementos esenciales indicando que son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltaría al mismo un elemento de definición; en cambio, son elementos de validez aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley.

"El reconocimiento de una categoría de actos inexistentes, distintos de los actos nulos se traduce en diversas consecuencias, de significación teorética y también de significación práctica, las cuales (Baudry-Lacantinerie et Houques, cit. núms. 1684 a 1869) son, a saber:

a) La intervención de la justicia, necesaria para fijar la suerte del acto simplemente nulo, es innecesaria, como hemos dicho, para fijar las del acto inexistente, respecto del cual la justicia, cuando interviene, es con fines de comprobación y no de minoración, pues carecería de sentido cualquier decisión que consistiera en invalidar un acto inexistente. Una

sentencia podría hacer mención de un acto así al fijar su propia motivación, pero no al decidir la cuestión sometida a decisión.

b) Mientras en materia de nulidad solamente pueden invocarla las personas a las cuales el respectivo fin, perseguido por la ley, exige que el derecho a intentar la acción les sea concedido, en materia de inexistencia cualquier persona puede prevalerse de ella, ya por vía de acción, ya por vía de excepción, pues de otro modo el acto inexistente vendría a tener existencia y podría ser opuesto a terceros. Y por aplicación del mismo principio, el propio juez, de oficio, puede decir lo que considere oportuno respecto del acto inexistente (Aubry et Rau, I, 37, y su mención, en nota, del Informe de Jaubert al Tribunado).

c) Las nulidades, en muchos casos, están sometidas a la prescripción, que respecto a la violencia, por ejemplo, y aún de la falta de edad, interpone u organiza plazos de duración especialísima y muy breve, en tanto que el derecho de prevalerse de la inexistencia de un acto es, por su naturaleza, imprescriptible.

d) Los actos inexistentes no son susceptibles de confirmación ni de ratificación, aun cuando nada impide, por ejemplo, que en materia de consentimiento, éste sea correctamente expresado en un nuevo acto a cuya existencia concurran, pues, todas las condiciones necesarias, en tanto, que los actos nulos pueden muchas veces ser confirmados y en algunos casos como el del matrimonio contraído por alguien que no haya llegado a la edad requerida por la ley y como el ya citado, de violencia, la convalidación puede producirse automáticamente, por el simple transcurso de un breve plazo.

e) Mientras el acto inexistente está privado de efectos, por ser precisamente una negación de acto, el acto nulo puede producir efectos provisoriamente, y más aún: es posible que también le sean reconocidos, tan limitadamente como se quiera, ciertos efectos destinados a perdurar, y eso es lo que ocurre, desde luego, en el matrimonio a cuyo respecto se produce un pronunciamiento de nulidad y, con éste, el reconocimiento de la buena fe de uno, por lo menos, de los cónyuges." (Juan Carlos Rébora, *Instituciones de la Familia,* Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1946, t. II, págs. 38 a 40).

2.—*El consentimiento como elemento esencial en el matrimonio.*— En el matrimonio propiamente existen tres manifestaciones de voluntad, según hemos ya explicado: la de la mujer, la del hombre y la del Oficial del Registro Civil. Las dos primeras deben formar consentimiento, es decir, manifestarse en el sentido de estar de acuerdo los contrayentes en unirse en matrimonio, para que el Oficial del Registro Civil exteriorice

a su vez la voluntad del Estado al declararlos legalmente unidos en dicho matrimonio.

Por esto el artículo 102 dispone que el Oficial del Registro Civil interrogará a los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad. Tomando en cuenta dicho precepto, resulta aplicable al caso el artículo 1794 en relación con el 2224, para concluir que el consentimiento es un elemento de existencia en el matrimonio, de tal manera que éste será inexistente por falta del mismo.

No sólo la falta de acuerdo entre los pretendientes, sino también la omisión en cuanto a la declaratoria que debe hacer el Oficial del Registro Civil, será causa de inexistencia. Es decir, si del acta matrimonial resulta probada plenamente la falta de ese elemento esencial, deberá decidirse que no hubo matrimonio. Puede también justificarse plenamente por otros medios de prueba, que en concepto del tribunal sean de valor indiscutible, la falta de consentimiento en los consortes o de la declaración del Oficial del Registro Civil, para que se reconozca la inexistencia.

3.—*Objeto posible como elemento esencial del matrimonio.*—Todo acto jurídico requiere un objeto que sea física y jurídicamente posible. La imposibilidad en cualquiera de sus dos formas (física y jurídica) originará la inexistencia del acto.

Relacionando el objeto del matrimonio con el de los actos jurídicos en general, podemos decir que desde el punto de vista estrictamente legal, existe también un objeto directo en el acto matrimonial, consistente en la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, es decir, entre hombre y mujer, de tal manera que los fines específicos del mismo imponen a los cónyuges respectivamente la obligación de vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual. Asimismo, cuando existan hijos, el matrimonio originará consecuencias con relación a los mismos, especialmente todo el conjunto de derechos y obligaciones que origina la patria potestad y la filiación en general.

4.—*Inexistencia del matrimonio por objeto jurídicamente imposible.*—Hemos dicho que para la existencia de cualquier acto jurídico se requiere que su objeto sea física y jurídicamente posible. Tomando en cuenta que uno de los objetos específicos del matrimonio consiste en la creación de derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, resulta evidente que la identidad sexual en los consortes, originaría un obstáculo insuperable de carácter legal, tal como lo define el artículo 1828, al decir que es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye

un obstáculo insuperable para su realización. El problema estrictamente jurídico, consistente en determinar si el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo es inexistente o nulo, ha sido muy debatido en el derecho y se han ensayado diversas soluciones, fundándose principalmente en la creencia de que no hay un precepto jurídico aplicable expresamente al caso. Por nuestra parte, consideraremos que el asunto no ofrece verdadera dificultad, pues la solución se impone por la naturaleza misma de las cosas. En efecto, el matrimonio se define como la unión entre un hombre y una mujer, reconocida por el derecho, para realizar los fines que ya hemos indicado. Por consiguiente, la ley parte necesariamente de la diversidad sexual a efecto de que se pueda celebrar dicho acto jurídico. Nadie podrá discutir esta premisa mayor del silogismo que en seguida vamos a formular. Ahora bien, si la ley parte en la definición del matrimonio de la diversidad sexual, es decir, de la unión entre un hombre y una mujer, resulta innegable que faltando este primer elemento esencial, no puede haber acto jurídico, así como no puede existir compra-venta si no hay a la vez comprador y vendedor, ni sociedad, si no existen los socios. Además, si el matrimonio tiene como objeto que ambos consortes hagan vida marital, también será evidente que no podrá realizarse, cuando no exista la diversidad sexual a que la ley se refiere, o dicho de otro modo, cuando el acto pretenda celebrarse entre dos personas del mismo sexo. Por consiguiente, la ley sí resuelve de manera expresa el caso, si aplicamos el artículo 2224, conforme al cual, el acto jurídico es inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él. La ley equipara la falta de objeto que puede ser materia del acto, al objeto física o jurídicamente imposible. Con todos los elementos indicados, cabe concluir que en nuestro derecho sí está resuelto de manera expresa por el legislador el caso del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, para considerar que es un matrimonio inexistente. Es decir, no puede producir ninguna consecuencia de derecho. Además, no es susceptible de valer por confirmación, ni por conscripción. Su inexistencia puede invocarse por todo interesado, según textualmente dispone el mismo artículo 2224.

"El tercero de los motivos de inexistencia se refiere al sexo de los cónyuges.

Dijimos al comienzo de este capítulo que es matrimonio la unión, sancionada perdurablemente por el derecho, entre un hombre y una mujer. Podemos agregar ahora que "todas las legislaciones establecen o sobrentienden que los esposos deben ser de diferente sexo" (Roguin, Traité de Droit Civil Comparé, Le mariage, París, 1904). Aubry et Rau,

para hacer resaltar tal idea definen el matrimonio como "la perpetua asociación que establecen entre sí dos personas de sexo diferente con el fin de imprimir un carácter de moralidad a su propia unión sexual y a las relaciones naturales que de la misma han de nacer" (tomo quinto, 450). Lo mismo han hecho Demolombe, en su tomo III, Nos. II y 242; Marcadé, en su tomo I, Nos. 516 y 620, Zachariae, *op. cit.*, 110, 3°; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. *Des personnes,* tercera edición, 3°, N° 1690; Planiol, I, Nos. 1005 y 1006, y en general todos los tratadistas." (Juan Carlos Rébora, *Instituciones de la Familia,* Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1946, t. II. pág. 37).

En el derecho francés se ha discutido si se trata de una inexistencia o de una nulidad. Bonnecase considera que la jurisprudencia se orienta en el sentido de la inexistencia. Sin embargo, la teoría de la inexistencia para el caso de identidad sexual en el matrimonio, no ha sido uniformemente aceptada ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, y esto se debe a que no existen textos expresos como los que hemos señalado para el derecho mexicano, pues en aquellas legislaciones en que la inexistencia es una cuestión le doctrina, el asunto se presenta como discutible. Creemos que atendiendo a los preceptos legales anteriormente invocados, en nuestro derecho no se trata de una cuestión opinable, sino de la aplicación estricta de preceptos exactamente aplicables al caso concreto, que de manera indubitable nos llevan a establecer la tesis de la inexistencia.

5.—*Reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de voluntad contenida en el acto jurídico.*—Cabe hablar de un tercer elemento esencial en los actos jurídicos, consistente en el reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de voluntad, pues en el supuesto de que el derecho no amparase tal declaración, no habría propiamente acto jurídico. En el matrimonio expresamente se prohibe, en el artículo 147 cualquiera condición contrario a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, previniéndose que se tendrá por no puesta dicha estipulación. Es decir, en este caso se sanciona con la inexistencia la estipulación contraria a los citados fines del matrimonio. Puede decretarse como sanción la nulidad, según previene el artículo 182, al estatuir que: "Son nulos los pactos que los esposos hicieron contra las leyes o los naturales fines del matrimonio". El sistema de nuestro Código vigente ha sido en el sentido de reconocer la inexistencia de ciertas cláusulas o condiciones que se tienen por no puestas, tal ocurre en la hipótesis del artículo 147 a que ya nos hemos referido o bien para ciertas condiciones testamentarias que según los artículos 1355 y 1358 también se declara como no puestas.

6.—*Formalidades anteriores a la celebración del matrimonio.*—Los artículos 97 a 101 del Código vigente, regulan dichas formalidades anteriores al matrimonio. Además, en los artículos 102 y 103 se estatuyen las formalidades y solemnidades del matrimonio mismo, en el momento de su celebración.

7.—*Solemnidades y formalidades que deben observarse en la celebración del matrimonio.*—Distinguiremos las solemnidades de las formalidades, de acuerdo con el siguiente criterio. Las solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio, en tanto que las formalidades sólo se requieren para su validez. Es decir, si faltan las solemnidades el matrimonio será inexistente; en cambio, si no se observan las formalidades requeridas por la ley, el matrimonio será existente, pero nulo. De lo expuesto se desprende que la solemnidad es una formalidad que la técnica jurídica ha elevado, como dice Bonnecase, a la categoría de un elemento de existencia. En nuestro derecho, para los contratos de carácter patrimonial, no existen solemnidades, sólo requiere la ley determinadas formalidades, de tal suerte que si no se observan, los citados actos serán existentes, pero estarán afectados de nulidad relativa. En el matrimonio, aun cuando el Código Civil no lo diga de una manera expresa, podemos distinguir verdaderas solemnidades cuya inobservancia originará la inexistencia del mismo y simples formalidades, que sólo afectarán su validez cuando no se observen. En los artículos 102 y 103 del Código Civil se comprenden tanto formalidades como solemnidades en la celebración del matrimonio. Podemos considerar que son esenciales para la existencia misma del acto jurídico, las siguientes solemnidades:

a) Que se otorgue el acta matrimonial;

b) Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los consortes para unirse en matrimonio, como la declaración del Oficial del Registro Civil considerándolos unidos en el nombre de la ley y de la sociedad;

c) Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes.

En cambio, las formalidades serán todas las demás que se mencionen en los artículos 102 y 103, consistentes en:

1.—Asentar el lugar, día y hora del acta matrimonial;

2.—Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

3.—Si son mayores o menores de edad;

4.—El consentimiento de los padres, de los abuelos o tutores, o el de las autoridades que deban substituirlos, haciendo constar los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de las citadas personas;

5.—Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

6.—La manifestación de los cónyuges sobre si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes, y

7.—Los nombres, apellidos, edad, estado, ocupación y domicilio de los testigos y su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son en qué grado y en qué línea.

Consideramos que la existencia del acta matrimonial en el libro correspondiente, es en sí misma una solemnidad, pues faltando ésta no puede haber matrimonio. Dentro de este requisito se comprende la firma del acta por el Oficial del Registro Civil y los contrayentes. Es evidente que si se otorga el acta, pero no se firma por las citadas personas, no habrá matrimonio, o bien, si no imprimen su huella digital, por no saber firmar.

El artículo 249 dice así: "La nulidad que se funde 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. También podrá declararse esa nulidad a instancia del Ministerio Público". De este precepto se desprende que se distingue entre formalidades esenciales, y formalidades no esenciales para la validez del matrimonio. Aun cuando en dicho artículo no se habla de formalidades esenciales para la existencia del acto, el legislador seguramente quiso referirse a las formalidades de carácter esencial para que exista el matrimonio, pues se dispone que por la falta de las mismas se podrá pedir la nulidad tanto por los cónyuges como por cualquier que tenga interés en probar que no hay matrimonio. Asimismo, el Ministerio Público podrá pedir dicha nulidad. Claramente se dice en el precepto que la falta de formalidades esenciales traerá como consecuencia la inexistencia del matrimonio, y aun cuando la ley habla de nulidad, debe considerarse que de manera impropia, como ocurre en múltiples casos, no distingue entre la inexistencia propiamente dicha y la nulidad. Sin embargo, la voluntad del legislador ha quedado claramente expresada al decir que "cualquiera podrá probar que no hay matrimonio".

En el artículo 250 se comprenden las formalidades no esenciales, que traen consigo propiamente la nulidad del matrimonio. Dice así el precepto: "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". Aun cuando se habla de solemnidades en el acta del matrimonio, debe considerarse que en realidad se trata de formalidades no esenciales, pues sólo así se explica que a pesar de la inobservancia de las mismas, no se

admite demanda de nulidad cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial. En el citado artículo 250 se parte de la existencia misma del matrimonio, pues se supone que se otorgó el acta correspondiente ante el Oficial del Registro Civil, pero no se observaron las formalidades que menciona el artículo 103. En tales condiciones, el matrimonio queda convalidado cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial.

Puede decirse que en el matrimonio la posesión de estado hace veces de confirmación para convalidar la nulidad relativa que afecta al acta misma. Es decir, podemos considerar que hay una especie de cumplimiento voluntario que se hace patente a través del estado matrimonial, y en tal virtud, de acuerdo con el artículo 2234 tal cumplimiento equivale a una ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.

8.—*Formalidades en la celebración del matrimonio.*—De acuerdo con lo que se ha expuesto, al artículo 103 consagra las formalidades que deberán observarse en la celebración del matrimonio y en la redacción del acta correspondiente. Sólo se exceptúa la solemnidad que exige la fracción VI del propio precepto, relativa al consentimiento de los contrayentes, y a la declaratoria del Oficial del Registro Civil, así como a la existencia misma del acta que deberá otorgarse por el citado Oficial del Registro Civil y en el libro correspondiente, según previene el artículo 37.

No todas las formalidades que consagra el artículo 103 son necesarias para la validez del matrimonio, pues podrán omitirse algunos datos que por su importancia secundaria, indiscutiblemente no afectarán la validez de ese acto jurídico. Tales serían, por ejemplo, el no mencionar la ocupación de los contrayentes, de sus padres o abuelos, así como el omitir el estado, ocupación y domicilio de los testigos, y su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes y en qué grado.

9.—*Capacidad de los contrayentes.*—La capacidad de ejercicio es un elemento de validez en los actos jurídicos, en tanto que la capacidad de goce se presenta como esencial. Aplicando estas ideas al matrimonio, tenemos que distinguir entre la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce para celebrar dicho acto. Tienen capacidad de goce los que han llegado a la edad núbil o sea, en nuestro derecho, dieciséis años para el hombre y catorce para la mujer. Los menores de dicha edad, carecen de capacidad de goce para celebrar el matrimonio, es decir, hay un obstáculo insuperable que la propia ley reconoce para que puedan válidamente celebrar el citado acto. Sólo se exceptúa el matrimonio celebrado

por menores de dicha edad, cuando haya habido hijos, o cuando sin haberlos habido, el menor hubiera llegado a los veintiún años, y ni él ni el otro cónyuge hubieran intentado la nulidad (Art. 237).

La capacidad de ejercicio en el matrimonio supone la capacidad de goce, es decir, que ya se tiene la edad núbil, pero que además se han cumplido los veintiún años para poder celebrar válidamente el matrimonio. Además, se requiere no padecer locura ni alguna otra de las enfermedades que se indican en las fracciones VIII y IX del artículo 156.

Conforme al artículo 156, fracciones I y II, son impedimentos para celebrar el matrimonio, respectivamente la falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada y la falta de consentimiento del que, o los que ejercen la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos. Cuando el matrimonio se celebra existiendo un impedimento, está afectado de nulidad, según previene el artículo 235, fracción II. Ahora bien, esta nulidad se regula de manera especial por los artículos 238 a 240.

Tratándose de la incapacidad de goce, es decir cuando un matrimonio se contrae por el hombre antes de cumplir los dieciséis años o por la mujer antes de llegar a los catorce, se presenta el problema relativo a determinar si hay una inexistencia o una nulidad. Conforme al artículo 237 se desprende que el legislador sanciona sólo con la nulidad el matrimonio así celebrado. Sin embargo, este artículo más bien está redactado para considerar que no habrá nulidad cuando haya habido hijos o cuando el menor hubiera llegado a los veintiún años, y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad. Por consiguiente, nada estatuye para el caso de que no haya hijos y se impugne el acto por el propio menor o por el otro cónyuge, antes de que el primero hubiere cumplido veintiún años. Aplicando los principios relativos a la imposibilidad jurídica que se consagran respectivamente en los artículos 1828 y 2224, consideramos que en tal hipótesis se trata de un matrimonio inexistente, pues la falta de capacidad de goce impedirá, por un obstáculo legal insuperable, que se pueda celebrar el matrimonio. El hecho de que se otorgue el acta correspondiente, no puede hacer desaparecer el obstáculo legal, ni puede tampoco el menor que no ha llegado a la edad núbil considerar que ha entrado a su status el derecho para celebrar el matrimonio. Habrá, por consiguiente, sólo una situación material consagrada en un acta, que podrá impugnarse entretanto no haya hijos o no llegue el menor a los veintiún años. Sin embargo, aunque estrictamente debe considerarse que se trata de un matrimonio inexistente, la ley permite su convalidación a través de las dos formas antes indicadas y, por lo tanto, debemos con-

cluir que conforme a nuestro derecho positivo el matrimonio simplemente estará afectado de nulidad.

10.—*Ausencia de vicios en el consentimiento.*—Para los contratos en general el artículo 1795, fracción II, estatuye que: "El contrato puede ser anulado II: Por vicios del consentimiento". Los artículos 1812 a 1823 regulan el error, el dolo y la violencia como vicios del consentimiento y, por lo tanto, de acuerdo con lo que llevamos dicho, tales disposiciones son aplicables, en lo conducente, al matrimonio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1859 que hace extensivas las reglas sobre contratos a todos los demás actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

En consecuencia, la ausencia de vicios en el consentimiento constituye un elemento de validez para el matrimonio, disponiéndose al efecto en los artículos 235, fracción I, y 245, que son causas de nulidad tanto el error en la persona con quien se contrae el matrimonio, cuanto el miedo y la violencia, cuando se incurra en las circunstancias que se enumeran en las tres fracciones del citado artículo 245.

11.—*Licitud en el objeto, motivo, fin y condición del matrimonio.*—Ya con anterioridad hemos indicado que en materia matrimonial se aplican las disposiciones generales del acto jurídico contenidas en los artículos 1830 y 1831, es decir, dicho acto debe ser lícito en su objeto, motivo y fin. Estatuye el artículo 182: La nulidad de cualquier pacto que hicieren los esposos contra las leyes o los naturales fines del matrimonio. Además, el artículo 147 considera no puesta cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los consortes. Por consiguiente, encontramos en materia matrimonial una modalidad de importancia, en cuanto a que para el caso de ilicitud en el fin o en la condición, no se establece la nulidad del acto jurídico, como se dispone en la regla general contenida en el artículo 2225, sino que subsiste el matrimonio, pero son nulos los pactos que vayan en contra de sus fines, o bien, se tienen por no puestas las condiciones que pretendan contrariar los mismos.

Independientemente de esta regulación especial, los artículos 156, fracciones V, VI y VII, 243 y 244 estatuyen la nulidad del matrimonio cuando en sí mismo el acto es ilícito, en los siguientes casos:

a) Adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio;

b) Atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

c) Rapto, cuando la mujer no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;

d) Bigamia y

e) Incesto.

En los cinco casos anteriores se nulifica el matrimonio por ilicitud en el acto mismo.

El estudio de las distintas causas de nulidad por ilicitud en el matrimonio, lo haremos también posteriormente.

CAPITULO V

IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

1.—*Enumeración y clasificación.*—El artículo 156 enumera diez impedimentos para contraer matrimonio, previniéndose en el artículo 235, fracción II, que el matrimonio será nulo cuando se celebre concurriendo algunos de los citados impedimentos.

Tradicionalmente se han caracterizado los impedimentos distinguiendo, según el derecho canónico, los dirimentes de los impedientes.

Los impedimentos dirimentes son aquellos que originan la nulidad del matrimonio, en tanto que los impedientes no afectan su validez, pero motivan determinadas consecuencias.

Eduardo Busso, *Código Civil Anotado,* t. II, Buenos Aires, 1945, pág. 39.

El artículo 156 consagra exclusivamente impedimentos dirimentes, ya que todos ellos originan la nulidad del matrimonio. En cambio en el artículo 264 se reconocen los impedimentos impedientes, que no afectan la validez del acto. Dice este último precepto: "Es ilícito, pero no nulo el matrimonio: I.—Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa. II.—Cuando no se haya otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289". A su vez, en los artículos 158, 159 y 289 se contienen prohibiciones para contraer matrimonio, pero si éstas son violadas, el matrimonio sólo se considerará ilícito, pero no nulo. Respectivamente estatuyen los preceptos citados: "La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los

casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación". "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela". "Si el matrimonio se celebrare en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior, el juez nombrará inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa". "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio. El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse, sinó después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio". "Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio".

En esta materia nos serviremos del documentado estudio que hacen Kipp y Wolff en su obra ya citada.

De la clasificación canónica podemos aceptar las definiciones propuestas, para aplicarlas nuestro derecho, pues ya dijimos que según el artículo 235, fracción II, habrá nulidad del matrimonio cuando éste se contraiga existiendo impedimentos dirimentes, en tanto que cuando sólo existan los impedimentos impedientes, sólo cabe decir que el matrimonio es válido, pero ilícito según la terminología un tanto contradictoria de nuestra ley.

En el Código de derecho canónico (codex iuris canonici) se distinguen también los impedimentos de grado menor y de grado mayor (impedimenta gradus minores como la consanguinidad en tercer grado de la línea colateral y los impedimentos gradus maioris, como la consanguinidad más próxima). Tiene importancia la distinción anterior para el efecto de la dispensa que puede otorgarse en los impedimentos de grado menor, tal como dice el párrafo final del artículo 156, al indicar que sólo son dispensables, de los diez impedimentos que enumera, la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual. En cambio, en los impedimentos de grado mayor no cabe la dispensa. El artículo 159 regula un caso de impedimento de grado menor, pero de carácter impediente, pues es susceptible la dispensa en el matrimonio que pretenda contraer el tutor con el incapaz, siendo de carácter impediente debido a que si se viola, el matrimonio será válido, pero ilícito, incurriéndose sólo en las sanciones que se decretan por el artículo 265.

Castán Tobeñas, *ob. cit.*, t. III, págs. 480 y 481.

Nuestro Código Civil nos obliga a emplear una forma negativa para poder determinar los elementos de validez del matrimonio, pues en rigor tendríamos que decir: es válido el matrimonio cuando se celebra sin que existan los distintos impedimentos que establece el artículo 156.

Dado lo expuesto, se comprenderá fácilmente que la redacción del artículo 235 al enumerar las causas de nulidad en el matrimonio, consistente, respectivamente en el error, en la existencia de impedimentos y en la falta de formalidades, puede substituirse con ventaja diciendo que serán causas de nulidad en el matrimonio, que éste se celebre sin que se observen los elementos de validez consistentes respectivamente en la capacidad, ausencia de vicios, formalidades y licitud en el objeto, motivo y fin del acto.

2.—*Estudio especial de los diversos impedimentos dirimentes.*—Trataremos brevemente de los diez impedimentos dirimentes que contiene el artículo 156 del Código Civil, siguiendo en parte a los autores que se acaban de citar:

I.—Edad núbil.—Exige la fracción I del artículo 156, a contrario sensu, que los contrayentes tengan la edad requerida por la ley, o sea, dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer.

Kipp y Wolff, *ob. cit.*, t. IV, v. I, pág. 67.

Es de observarse una tendencia en las legislaciones contemporáneas a aumentar la edad requerida para contraer matrimonio, pues se ha comprobado que el fracaso de la mayoría de las uniones entre jóvenes se debe precisamente o a la falta de conciencia en la celebración del mismo acto, respecto de todas sus consecuencias y responsabilidades, o a la difícil condición económica que generalmente existe respecto de personas muy jóvenes que no tienen la preparación necesaria para cumplir con todas las cargas matrimoniales. Quizá una de las medidas más adecuadas en el medio mexicano para robustecer las uniones matrimoniales y evitar el número creciente de divorcios, consista en modificar la disposición relativa del Código Civil que sólo exige dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer. Sin embargo, existe también el peligro de provocar concubinatos entre jóvenes que por no poder contraer matrimonio, cuando ya han llegado a la edad de la pubertad, mantienen relaciones que fácilmente pueden llegar a la unión de hecho. En nuestro derecho la falta de edad núbil es un impedimento dirimente, dado que origina la nulidad del matrimonio cuando no se observa. Se deben distinguir, según el artículo 237, dos casos en los que la misma desaparece:

1.—Cuando ha habido hijos,

2.—Cuando, aunque no los haya habido, el menor hubiere llegado a los veintiún años y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad. En ambas hipótesis, la falta de edad núbil deja de ser causa de nulidad.

La edad avanzada no es impedimento para contraer matrimonio, ni tampoco una notoria diferencia entre las edades de los contrayentes.

II.—La falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad, del tutor o del juez, en sus respectivos casos, constituye también un impedimento dirimente y, por lo tanto, a contrario sensu, se requiere de su consentimiento para la validez del matrimonio. Conforme a los artículos 238 a 240, la citada nulidad sólo podrá alegarse por los que ejerzan la patria potestad, dentro del término de treinta días de celebrado el matrimonio, siempre y cuando no haya consentimiento expreso o tácito, después del acto; por el tutor o por cualquiera de los cónyuges, cuando el consentimiento respectivamente lo deba dar aquél o el juez. También la acción deberá intentarse dentro del término de treinta días, desapareciendo la causa de nulidad si se obtiene la ratificación del tutor o la autorización judicial, confirmando el matrimonio.

Existe una diferencia importante respecto a los incapacitados mentales, pues en los demás actos jurídicos su representante celebra el acto. En el matrimonio, hay una prohibición para que tanto dichos enajenados, como los enfermos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 156, puedan celebrar el acto. La razón es evidente, en los demás negocios no se requiere salud y en cuanto a la enajenación mental, es suplida por la intervención del representante. Para el matrimonio, no basta con que el acto se celebre por conducto del representante legal, sino que principalmente, para que pueda realizarse el estado matrimonial y cumplirse los fines de la institución, se exige que los contrayentes no padezcan de perturbaciones mentales, de impotencia para la cópula, de sífilis o de enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias.

Jemolo, *El Matrimonio,* pág. 89.

III.—El parentesco por consanguinidad en línea recta sin limitación de grado y en línea colateral hasta el segundo grado, constituye también un impedimento dirimente.

Kipp y Wolff, *ob. cit.,* págs. 84 y 85.

IV.—El parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna constituye asimismo un impedimento dirimente para la celebración del matrimonio. Este impedimento supone que el matrimonio que dio origen al citado parentesco de afinidad, se ha disuelto por divorcio, por nulidad o por muerte de uno de los cónyuges. De otra manera, si tal enlace subsistiera, habría bigamia con motivo del segundo matrimonio. Por consiguiente, la ley se coloca en el supuesto de que no obstante la disolución del primero, continúa el parentesco de afinidad sólo para el efecto de constituir un impedimento entre uno de los ex cónyuges y los ascendientes o descendientes del otro.

V.—El adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando haya sido declarado judicialmente, constituye también un impedimento dirimente, por cuanto que origina la nulidad en razón de la ilicitud misma del acto jurídico. Por razones de orden moral y en vista de la violación a las buenas costumbres se impone en este caso la nulidad del matrimonio contraído entre los adúlteros. Se parte del supuesto de que el primer matrimonio quedó disuelto por divorcio, nulidad o muerte de alguno de los cónyuges; pero que durante la vigencia del vínculo uno de ellos cometió adulterio y después, al disolverse aquel matrimonio, pretende contraer nuevas nupcias con la persona con quien realizó aquel delito. Se regula por la ley un impedimento dirimente, pues aun cuando exista la libertad para celebrar el segundo matrimonio, por la disolución del primero, ha habido un acto que le imprimiría al nuevo vínculo un carácter ilícito. Consideramos que se violan las buenas costumbres, dado que lo que se está sancionando a través del impedimento que analizamos, no es el delito de adulterio, sino la inmoralidad que después resulta si se permitiera a los adúlteros celebrar matrimonio. Estatuye el artículo 243 que la acción de nulidad en este caso podrá ser intentada por el cónyuge ofendido y por el Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio; y sólo por el Ministerio Público, si ese matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido. En uno y en otro caso, la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros.

VI.—El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que queda libre, constituye también un impedimento dirimente, pues de acuerdo con el artículo 244, si se realiza el matrimonio, pueden pedir la nulidad los hijos del cónyuge víctima del atentado o el Ministerio Público, dentro del término de seis meses, contados desde que se celebró el nuevo matrimonio.

VII.—En la fracción VII del artículo 156 se consagra como un impedimento dirimente la fuerza o miedo graves, así como el caso de rapto mientras la raptada no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad. Aclara el artículo 245 el alcance que tiene la fuerza o el miedo graves, en los siguientes términos: "El miedo y la violencia serán causa de nulidad del matrimonio si concurren las circunstancias siguientes: I.—Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes; II.—Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona o personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio; III.—Que uno u otra hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio. La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado dentro de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación". De acuerdo con ambos preceptos relacionados, existe en el caso un vicio de la voluntad, por cuanto que el consorte que es víctima de violencia, no puede manifestar libremente su consentimiento. El artículo 245 difiere de la regla general que en materia de contratos regula el mismo vicio, pues según el artículo 1819: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado". Es decir, en el caso del matrimonio la violencia debe ejercerse sobre el mismo cónyuge o sobre las personas que le tengan bajo su patria potestad o tutela, en tanto que para los contratos en general existe violencia cuando se ejerce sobre el contratante, su cónyuge, sus ascendientes, sus descendientes o colaterales dentro del segundo grado. Indudablemente que hay una omisión grave en el artículo 245, pues cabe suponer que el cónyuge violentado tenga hijos o ascendientes que no ejerzan la patria potestad o bien colaterales dentro del segundo grado y que se ponga en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes de dichas personas.

VIII.—Las distintas enfermedades y vicios que se mencionan en la fracción VIII del artículo 156 constituyen también un impedimento dirimente, previniéndose en el artículo 246 que la acción de nulidad sólo puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio.

Dada la naturaleza de las distintas causas que originan el citado impedimento por enfermedad o vicios, resulta extraño que la ley con-

ceda un término breve de sesenta días para pedir la nulidad, pues en la mayoría de los casos no será posible que se pueda intentar la demanda corrsepondiente en tan breve plazo. Además, al subsistir las citadas causas, especialmente la impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura o alguna enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, debería permitirse por la ley que se intentara la nulidad dentro de un plazo mayor que permita determinar con certeza todas y cada una de las características que se asignan a las mencionadas enfermedades o bien, poder definir si los vicios tienen el carácter de habituales. Creemos que la razón por la cual se ha limitado el término a sesenta días, obedece a que el propio legislador ha consagrado como causales de divorcio en el artículo 267, fracciones VI, VII y XV, las mencionadas enfermedades y vicios, pero exigiendo que la impotencia incurable sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, t. III, págs. 75 y 76.

En cuanto a la enajenación mental, a las sífilis, a la tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, ya no se requiere, para que sean causales de divorcio, que tales enfermedades se hayan presentado con posterioridad al matrimonio. También en cuanto a los vicios no se exige este requisito. Es decir, en ambos casos las citadas enfermedades o vicios pueden ser causa de nulidad del matrimonio por haber existido antes de este acto, pero deberá intentarse dentro de los sesenta días siguientes a la celebración del matrimonio, o bien, causales de divorcio que por ser de tracto sucesivo no caducan aun cuando la demanda se intente después de los seis meses a que alude el artículo 278. Es decir, dada la renovación continua de las citadas causas, el divorcio puede pedirse en todo tiempo. Para la enajenación mental incurable exige el artículo 271 que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse dicha enfermedad, para que pueda aducirse como causa de divorcio.

Busso, *ob. cit.,* t. II, pág. 49.

De acuerdo con lo expuesto, es criticable el sistema seguido por nuestra ley, pues en rigor las citadas causales deben ser de nulidad y no de divorcio, ya que suponen vicios anteriores a la celebración del acto mismo (se exceptúa sólo el caso de la impotencia incurable que según la fracción VI del artículo 267 debe presentarse con posterioridad

al matrimonio, para que sea causa de divorcio). Tratándose de vicios anteriores al matrimonio, es más jurídico reconocerlos como causas de nulidad y permitir que la acción pueda intentarse en todo tiempo, entretanto subsistan las mencionadas enfermedades o vicios, pues el divorcio viene a ser semejante a la rescisión en los contratos y, por lo tanto, sólo debe operar cuando las causas concurren con posterioridad a la celebración del matrimonio.

Busso, *ob. cit.*, t. II, pág. 49.
Castán Tobeñas, *ob. cit.*, t. III, págs. 498 y 499.

IX.—El idiotismo y la imbecibilidad se regulan como impedimentos dirimentes y al afecto el artículo 247 previene que tienen derecho de pedir la nulidad, el otro cónyuge y el tutor del incapacitado. En este caso no se señala un término de prescripción y, por lo tanto, la acción podrá hacerse valer en todo tiempo. En el artículo 267 no se consagra como causa de divorcio el idiotismo o la imbecilidad, por lo que insistimos en la tesis anteriormente expuesta a efecto de considerar que el legislador debió seguir el mismo criterio para las enfermedades y vicios que se mencionan en la fracción VIII del artículo 156 o sea, considerar que tanto en el caso de idiotismo o imbecilidad, como en el de las enfermedades o vicios mencionados, sólo debe existir acción de nulidad del matrimonio con carácter de imprescriptible, y no acción de divorcio. En todo caso, el sistema debe ser uniforme, por existir causas semejantes. En nuestro concepto, según ya lo hemos dicho, para regular la enfermedad es más jurídico reconocer causales de nulidad con carácter de imprescriptibles y no causales de divorcio.

X.—El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer matrimonio, es también un impedimento dirimente, que origina de acuerdo con el artículo 248 una nulidad absoluta, pues puede deducirse en todo tiempo por el cónyuge del primer matrimonio, por su hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio o por el Ministerio Público.

Castán Tobeñas, *ob. cit.*, t. III, pág. 499.

CAPITULO VI

NULIDAD DEL MATRIMONIO

1.—*Consideraciones generales.*—De acuerdo con lo que hemos expuesto, cabe aplicar, con las modificaciones que después indicaremos, la teoría general de la nulidad a las distintas causas que regula la ley respecto a las nulidades en el matrimonio.

Conforme a dicha teoría general, distinguiremos nulidades absolutas y nulidades relativas.

En la teoría clásica de las nulidades se considera que la ilicitud en el acto jurídico se sanciona con la nulidad absoluta que se caracteriza como imprescriptible, inconfirmable y susceptible de intentarse por cualquier interesado.

En cuanto a la nulidad relativa, se acepta que tiene como causas los vicios de la voluntad, la incapacidad y la inobservancia de la forma. Se le caracteriza en dicha doctrina clásica como prescriptible, confirmable y sólo se concede la acción a la parte perjudicada.

Podemos sostener que en el derecho mexicano, sí es susceptible de aplicación al matrimonio lo expuesto de manera general para las nulidades en los distintos actos jurídicos. Es decir, serán nulidades absolutas en materia matrimonial, las que reúnan las tres características que enumera el artículo 2226, consistentes en la naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad, en la imposibilidad de convalidar el acto, por ratificación expresa o tácita, para que desaparezca la nulidad y en la posibilidad de que todo interesado puede hacer valer la acción. En cambio, serán nulidades relativas aquellas que no reúnan las tres características mencionadas, aun cuando se presenten dos de ellas, bastando por lo tanto que la acción sea prescriptible como ocurre en la mayoría de los casos de nulidad en el matrimonio, o bien, que el acto pueda convalidarse por ratificación expresa o tácita, según veremos para otros efectos o, finalmente, que la acción sólo se conceda al directamente perjudicado, como también ocurre en determinadas situaciones que en seguida estudiaremos.

2.—*Fundamentación en el derecho mexicano de las causas de nulidad absoluta en el matrimonio.*—De acuerdo con lo que hemos expues-

to, existen sólo dos causas de nulidad absoluta en el matrimonio, dadas las características que señala el Código Civil vigente. Dichas causas son: a) bigamia y b) incesto.

La bigamia se caracteriza como una causa de nulidad absoluta de acuerdo con el artículo 248 debido a que la acción puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio y de no ser intentada por ninguna de las citadas personas, la deducirá el Ministerio Público. No contiene el precepto un término de prescripción para demandar la nulidad. En consecuencia, la acción se concede a todo interesado e imperativamente determina la ley que será deducida por el Ministerio Público si las personas que enumera el artículo 248 no la hacen valer. Al no señalarse un término de prescripción para intentar la nulidad, se caracteriza en la ley como imprescriptible. Por último, es evidente que no cabe en el caso convalidación por ratificación expresa o tácita de alguna de las partes interesadas, ya que en ningún caso podría aceptarse la validez del segundo vínculo a pesar de que con conocimiento del primero se ratificara, pues por el contrario, se incurriría en un nuevo acto ilícito.

Para el incesto estatuye el artículo 241 que el parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, por lo tanto, cuando se trate de un parentesco que no admita dispensa, como es el de la línea recta y el de la colateral hasta el segundo grado, así como cuando se trata de parentesco de afinidad en la línea directa, procede considerar que existe una nulidad absoluta, pues el artículo 242 estatuye la acción que nace de dicha causa y la que dimana del parentesco de afinidad, pueden ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes o por el Ministerio Público, es decir, se concede a todo interesado, sin límite de tiempo y también, sin que quepa la convalidación por ratificación expresa o tácita. En consecuencia, cabe aplicar aquí las mismas consideraciones que para el caso de bigamia.

Tratándose de un parentesco de consanguinidad susceptible de dispensa, si se obtiene ésta después de celebrado el matrimonio, estatuye el artículo 241 que si ambos cónyuges, reconocida la nulidad, quisieran espontáneamente reiterar su consentimiento por medio de un acta ante el Oficial del Registro Civil, quedará revalidado el matrimonio y surtirá todos sus efectos legales desde el día en que primeramente se contrajo. Claramente se consagra en dicho precepto una nulidad relativa, pues se permite la convalidación del matrimonio, pero se exige una

ratificación expresa, dado que ambos cónyuges deben reiterar su consentimiento en una acta especial ante el Oficial del Registro Civil.

3.—*Fundamentación en el derecho mexicano de las causas de nulidad relativas en el matrimonio.*—De acuerdo con las características que se determinan en los artículos 236 a 241 y 243 a 247, la nulidad del matrimonio será relativa cuando ocurren los impedimentos que enumera el artículo 156, exceptuando la bigamia y el incesto, o cuando se incurre en error en los términos del artículo 235, fracción I, o finalmente si no se observan las formalidades del acto. Al efecto, analizaremos cada una de dichas causas para comprobar que presenta alguna o algunas de las características de la nulidad relativa y, por lo tanto, en vista de esa circunstancia, tendrá que concluirse que conforme al artículo 2227 se tratará de una nulidad de esa naturaleza.

a) El error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio, cuando entendiendo un cónyuge celebrarlo con persona determinada, lo contrae con otra, es causa de nulidad relativa, porque de acuerdo con el artículo 236, dicha acción sólo puede deducirse por el cónyuge engañado y deberá intentarla en forma inmediata, pues si no denuncia el error inmediatamente que lo advierta, se tendrá por ratificado el consentimiento y quedará subsistente el matrimonio. Es decir, tenemos en el caso las tres características propias de la nulidad relativa, pues la acción sólo se concede al cónyuge engañado, debe hacerse valer inmediatamente, es decir, prescribe si no se intenta y, además, la ley admite una convalidación tácita por el solo hecho de que no se deduzca la acción. Desde el punto de vista estrictamente teórico, el error sobre la identidad de la persona debería motivar la inexistencia del matrimonio, pues impide que el consentimiento se forme, dado que éste no se otorgó para celebrar el acto con la persona con quien realmente se celebró, sino que dicha voluntad se expresó bajo un supuesto totalmente distinto, es decir, para contraer matrimonio con otra persona. Por lo tanto, faltó el consentimiento, y cabría aplicar el artículo 2224 para considerar inexistente el matrimonio, pero ante la disposición expresa del artículo 236 debe concluirse que en nuestro derecho se trata de una nulidad relativa.

Jemolo, *El Matrimonio,* págs. 133 y 134.

b) La menor edad de dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer, se caracteriza por el artículo 237 como una nulidad relativa, por cuanto que el matrimonio queda convalidado si hay hijos o bien, aun-

que no los haya habido, si el cónyuge menor hubiere llegado a los veintiún años, y ni él ni el otro cónyuge, hubieren intentado la nulidad. Se admite, por lo tanto, la prescripción de la acción de nulidad y con este dato es suficiente para caracterizarla como relativa.

c) La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes, también es relativa dado que conforme al artículo 238, sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, dentro de treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio. Además, el artículo 239 admite claramente la prescripción de la acción por el solo transcurso de los treinta días y permite la convalidación del acto si dentro de ese término hay una ratificación expresa o tácita.

d) La nulidad por falta de consentimiento del tutor o del juez también es relativa, porque deberá pedirse dentro del término de treinta días por cualesquiera de los cónyuges o por el tutor, cesando si antes de presentarse la demanda se obtiene la ratificación de éste o la autorización judicial.

e) La nulidad en el caso de que exista parentesco consanguíneo dispensado, es relativa de acuerdo con el artículo 241 por las razones ya antes expuestas.

f) La nulidad en el caso de adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, se otorga sólo al cónyuge ofendido y al Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio, y sólo a éste último funcionario, si el matrimonio se disolvió por muerte del cónyuge ofendido. En uno y otro caso la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros. En consecuencia, claramente se caracteriza a través de estos dos atributos como una nulidad relativa.

g) La nulidad proveniente del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre, puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses contados desde que se celebró el nuevo matrimonio. Por lo tanto, dada la prescripción de la acción, la nulidad será relativa de acuerdo con el artículo 2227.

h) La nulidad por miedo o violencia que llene los requisitos del artículo 245, sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado dentro del término de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación. En consecuencia, por ambas características debe considerársele como relativa.

i) La nulidad que se funde en las enfermedades o vicios que enumera la fracción VIII del artículo 156, sólo podrá ser pedida por los cónyuges y dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio. En consecuencia tiene dos características de la nulidad relativa.

j) La nulidad por idiotismo o imbecilidad, conforme al artículo 247 sólo puede pedirse por el otro cónyuge o por el tutor del incapacitado. No se admite aquí prescripción, pero considerando que la acción sólo se otorga al otro cónyuge o al tutor, bastará este solo hecho para clasificarla como nulidad relativa.

k) Por último, la nulidad que se funda en la falta de simples formalidades necesarias para la validez del matrimonio, puede alegarse conforme al artículo 249 por los cónyuges o por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. También podrá deducirse por el Ministerio Público. Cuando se haya otorgado el acta matrimonial, no se admitirá la demanda de nulidad por inobservancia de formalidades, cuando exista la posesión de estado matrimonial. De acuerdo con lo expuesto, cabe distinguir, según ya hemos explicado, dos causas: 1.— Inexistencia cuando se trate de formalidades esenciales, pues cualquiera podrá presentar demanda para demostrar que no hay matrimonio, incluyendo al Ministerio Público y 2.—Nulidad relativa cuando exista el acta con las formalidades esenciales y se una a la posesión de estado matrimonial.

En relación con las distintas causas de nulidad relativa, el artículo 251 aclara la tesis que hemos venido sosteniendo al disponer: "El derecho para demandar la nulidad del matrimonio corresponde a quienes la ley lo concede expresamente, y no es transmisible por herencia ni de cualquiera otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel a quien heredan". En consecuencia, de manera expresa la ley sólo concede acción de nulidad a los personas que en cada caso determina taxativamente. Con apoyo en este precepto cabe sostener que la enumeración que hace la ley en las distintas hipótesis que hemos considerado de nulidad relativa, no permitirá que la acción sea deducida por persona distinta y así de manera terminante lo estatuye el artículo 251.

4.—*Especialidad de las nulidades en el matrimonio.*—Indiscutiblemente que el matrimonio es el acto jurídico que en todo el derecho ofrece la mayor variedad de causas respecto a su nulidad, así como los problemas más serios. En verdad no hay acto jurídico que pueda com-

parársele tanto desde el punto de vista de su trascendencia social, como por lo que se refiere a los problemas sobre nulidad, absoluta o relativa, en las distintas hipótesis que hemos estudiado.

En los actos jurídicos la nulidad absoluta se presenta por regla general cuando existe un objeto, motivo o fin ilícitos, pero excepcionalmente puede tratarse de una nulidad relativa, según admite el artículo 2225. En el matrimonio podemos considerar que la regla se invierte, de tal manera que el carácter ilícito en su objeto, motivo o fin, producirá la nulidad relativa y, excepcionalmente, la nulidad absoluta. En los contratos, testamentos, convenios y actos unilaterales, la ilicitud en los mismos produce la nulidad absoluta y, excepcionalmente, la relativa.

5.—*Matrimonios ilícitos válidos.*—Conforme al artículo 264 existen ciertos matrimonios ilícitos pero no nulos. Dice así el mencionado precepto: "Es ilícito, pero no nulo el matrimonio I.—Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa. II.—Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289".

6.—*Efectos de la nulidad del matrimonio.*—Los efectos de la nulidad del matrimonio deben estudiarse desde tres puntos de vista: a) Con relación a los cónyuges; b) Con relación a los hijos, y c) Con relación a los bienes.

7.—*Efectos de la nulidad del matrimonio con relación a los cónyuges.*—Los artículos 255 y 258 del Código Civil determinan las consecuencias de la nulidad del matrimonio con relación a los cónyuges. Al efecto, se distingue en los citados preceptos si el matrimonio fue contraído de buena o de mala fe, para atribuir distintas consecuencias en uno y otro caso. Además, se toma en cuenta el hecho de que ambos cónyuges procedan de buena o mala fe o sólo uno de ellos.

De acuerdo con la regla general consagrada por el artículo 253, todo matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido y, conforme al artículo 257, de haberse contraído de buena fe. Para destruir esta presunción se requiere prueba plena. Por consiguiente, entretanto no se demuestre la mala fe por parte de uno o de ambos cónyuges, la ley presume que fue de buena fe y, en consecuencia, deberán atribuirsele todos los efectos inherentes a la misma que se señalan en los artículos 255 y 256.

El matrimonio contraído de buena fe, cuando es declarado nulo, se denomina matrimonio putativo y con relación al mismo, Planiol hace un estudio especial consagrándole un capítulo entero. Al efecto, distingue las condiciones requeridas para la eficacia del matrimonio putativo y analiza: a) La buena fe; b) El justo motivo de error, y c) La condición de publicidad. Después se refiere a los vicios cubiertos por la buena fe, para tratar finalmente de los efectos del matrimonio putativo.

Se define el matrimonio putativo como aquel que adolece de un vicio de nulidad, pero que fue contraído de buena fe, es decir, ignorando la existencia de dicho vicio. La ley toma en cuenta que sería de graves consecuencias para la familia, especialmente para los hijos y también para los cónyuges que procedieron de buena fe, aplicar rigurosamente todos los efectos retroactivos de la nulidad, para destruir las consecuencias que hubiera producido el matrimonio si hubiera sido válido, pues las relaciones conyugales quedarían consideradas como un concubinato y los hijos serían reputados como hijos naturales.

"Hemos tomado la teoría del matrimonio putativo, del derecho canónico. Era desconocida en el derecho romano (Código Lib. V, Tít. 5, ley 6). En oriente el principio primitivo subsistió en todo su rigor. En el mismo occidente el matrimonio putativo no apareció sino hasta el siglo XII, en las decretales de Alejandro III, y en las obras de Pedro Lombardo. Las Excepciones Petri que son del siglo anterior lo ignoran aún (véanse los textos citados por Esmein. "Le mariage en droit canonique", t. I, p. 3233). Esta teoría parece haber sido obra no de la legislación, sino de la doctrina, y probablemente su causa fue la exageración de las prohibiciones del matrimonio entre parientes: numerosas personas de buena fe estaban expuestas a contraer matrimonios nulos. Era necesario a toda costa encontrar un paliativo. Véase Morel "Etude historique du mariage putatif", tesis, París, 1913". (Planiol, *ob. cit.*, pág. 481).

De acuerdo con el artículo 255: "El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes, o desde su separación en caso contrario".

En el artículo 256 se distinguen los siguientes casos: I.—Cuando ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, en cuya hipótesis el matrimonio producirá efectos civiles sólo respecto a él y de los hijos, y 2.—Cuando ha habido mala fe de parte de ambos consortes, caso en el cual el matrimonio producirá efectos civiles solamente respecto de los hijos.

Siguiendo a Planiol, analizaremos los temas que el citado jurista indica, consistentes respectivamente en el estudio de la buena o mala fe en la celebración del matrimonio; del justo motivo de error; de la condición de publicidad; de los vicios que resultan cubiertos por la buena fe y, finalmente, de los efectos del matrimonio putativo.

a) *Buena fe.*—"La buena fe consiste en ignorar el impedimento que se oponía a la formación del matrimonio, o el vicio que ha hecho insuficientes las formalidades de su celebración".

La buena fe es necesaria en el momento de la celebración del matrimonio; el hecho de que se conozca posteriomente el vicio que origina la nulidad, no afecta la naturaleza putativa del enlace, pues los efectos que se atribuyen a esta clase de uniones dependen exclusivamente del estado de ánimo de los consortes al celebrar el acto, o sea de la ignorancia misma en cuanto a los vicios. Por esto el beneficio de la buena fe inicial no se pierde por el conocimiento posterior de alguna de las causas que originan la nulidad del matrimonio. Conforme al artículo 257 de nuestro Código Civil, la carga de la prueba respecto a la mala fe, a efecto de destruir la presunción juris tantum que reconoce la ley, incumbirá a aquel que pretenda prevalerse de esa mala fe para derivar determinadas consecuencias. En el derecho francés los autores discuten sobre el particular, dado que no existe un texto como el consagrado por el artículo 257 de nuestro Código Civil. De aquí que Demolombe (t. III, núm. 359) y Laurent (t. II, 506) sostengan que el que invoque la buena fe para deducir de ella determinado beneficio, debe probarla.

b) Justo motivo de error.—"Antiguo derecho.—Antiguamente no era suficiente la buena fe; se requería, además, que los esposos pudieran invocar una causa justa, que explicase el error...

"Jurisprudencia actual.—La jurisprudencia moderna no exige ya esta condición, porque el texto sólo habla de la buena fe... (Planiol, *ob. cit.*, t. I, págs. 482 y 483).

En nuestro derecho, deben aplicarse las conclusiones a que ha llegado la jurisprudencia moderna, pues nuestros textos no exigen "el justo motivo de error", refiriéndose sólo a la buena fe de ambos cónyuges o de uno de ellos.

c) Condición de publicidad.—"Desde que el Concilio de Letrán exigió un anuncio público del matrimonio por medio de los bandos, la omisión de esta formalidad se consideró como una falta, como un pecado contra las leyes de la iglesia; el matrimonio celebrado clandestinamente no era nulo por este solo hecho, pero si existía un impedimento

dirimente, no gozaban los esposos del beneficio del matrimonio putativo. La publicidad de la celebración llegó a ser as íuna condición del matrimonio putativo (Gui Coquille, 'Coutumme de Nivernois', Capítulo XXIII, art. 1º)".

"¿Cómo desapareció?—El texto actual no supone que el matrimonio haya sido celebrado públicamente. Nadie sostiene que esta antigua condición sea absolutamente inútil, pues si los esposos se han escondido para casarse, raramente serán de buena fe; este hecho revelará su conocimiento del impedimento que nulifica al matrimonio". (Planiol, *ob. cit.*, t. I, pág. 483).

En nuestro derecho el Código Civil vigente no exige la publicidad que se requería en los códigos anteriores para la celebración del matrimonio. Por esto los artículos 97 y 103, que regulan los requisitos y formalidades que deben observarse tanto con anterioridad como durante la celebración del matrimonio, no incluyen el requisito de publicidad, bastando, para que el Oficial del Registro Civil señale día y hora para la celebración del acto, que se presente la solicitud de matrimonio con los citados requisitos. En consecuencia, la falta de publicidad en el matrimonio no implica un vicio, ni puede ser causa de nulidad o de mala fe de los cónyuges.

d) Vicios cubiertos por la buena fe.—Indica Planiol que en el derecho antiguo la buena fe de los esposos cubría únicamente las nulidades debidas a la existencia anterior de un impedimento dirimente y no las nulidades de forma que pudiesen afectar la celebración del matrimonio; que la jurisprudencia moderna ha considerado que la buena fe de los esposos puede convalidar un matrimonio cuya causa de nulidad sea un vicio de forma. En *nuestro derecho el artículo 250 dispone:* "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". *En consecuencia, la convalidación por falta de formalidades en el acta, no se opera por virtud de la buena fe de los cónyuges, sino por la posesión del estado matrimonial.*

"Numerosos autores, interpretando los textos restrictivamente, piensan que la buena fe de los esposos sólo puede cubrir las causas de nulidad propiamente dichas, y no las de inexistencia (Demolombe, t. III, 354; Aubry y Rau, 5ª ed., t. VII, 460, p. 46, nota 1, Laurent, t. 1, núm. 515; Huc, t. I, núm. 161). Su argumento principal consiste en que en todo el capítulo IV y especialmente en los arts. 201 y 202, la ley sólo habla de los matrimonios nulos y no de los inexistentes. Añaden que el matrimonio que necesita ser anulado puede producir efec-

tos, en tanto que el matrimonio inexistente es la nada, siendo difícil comprender que la nada pueda producir efectos. Válida en principio para los casos de verdadera inexistencia del matrimonio, debidos a la ausencia de un elemento esencial de éste según la naturaleza misma de las cosas, esa opinión es inaceptable tratándose del simple vicio de forma, que es, todo, un caso de nulidad, establecido arbitrariamente por la ley, y no un caso de inexistencia. Véase el núm. 1007" (Planiol, *ob. cit.,* págs. 484 y 485).

e) Efectos del matrimonio putativo.—Ya hemos dicho que conforme al artículo 255, cuando ambos consortes proceden de buena fe no obstante que se declare la nulidad del matrimonio, éste producirá efectos civiles en su favor durante todo el tiempo transcurrido desde la celebración hasta que se pronuncie la sentencia de nulidad. Si sólo ha habido buena fe de uno de los cónyuges, el matrimonio producirá efectos civiles exclusivamente respecto de él y de los hijos.

Por virtud de la nulidad del matrimonio, se pierden los derechos de los cónyuges para heredarse entre sí, si ambos sobrevivieren a la sentencia de nulidad. Si uno de los esposos muere antes de que se dictase la sentencia, debe considerarse que aún el matrimonio subsistía, produciendo sus efectos, y por lo tanto, el cónyuge supérstite sí tiene el derecho de heredar al cónyuge difunto. "Si uno de los esposos ha muerto ya cuando se decrete la nulidad, la herencia recogida por el supérstite, que aún era su cónyuge el día de la muerte, permanece en su patrimonio. Resulta de esto que si el matrimonio putativo era nulo por causa de bigamia, la sucesión del bígamo se dividirá entre sus dos cónyuges". (Planiol, *ob. cit.,* pág. 486).

Para los alimentos debe mantenerse la misma regla, es decir, entretanto no se pronuncie la sentencia de nulidad subsiste la obligación alimentaria entre los cónyuges.

8.—*Efectos de la nulidad del matrimonio en cuanto a los hijos.*— De acuerdo con los artículos 255 y 256, los hijos no sufren las consecuencias de nulidad del matrimonio de sus padres, aun cuando éstos hubieren procedido de mala fe, pues se considerará que el matrimonio existió válidamente tanto para los hijos nacidos antes de su celebración, que quedaron legitimados, cuanto para los nacidos durante él o trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes o desde su separación en caso contrario. En consecuencia, los hijos tendrán la calidad de legitimados o legítimos, respectivamente, con los derechos de heredar o exigir alimentos. *Propiamente estas últimas consecuencias se presentan en el sistema mexicano*

como efectos de la filiación misma y no del matrimonio, ya que tanto los hijos legítimos como naturales tienen derecho de heredar y de exigir alimentos. En cuanto a las consecuencias de la patria potestad, tampoco se afecta la condición de los hijos por la nulidad del matrimonio de sus padres, desde el punto de vista de que los derechos y obligaciones inherentes a la misma se atribuyen tanto a los padres legítimos como a los naturales, pero sí existen efectos especiales una vez declarada la nulidad del matrimonio, que se regulan en los artículos 259 y 260.

"Art. 259.—Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los hijos varones mayores de cinco años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena fe".

"Art. 260.—Si uno solo de los cónyuges ha procedido de buena fe, quedarán todos los hijos bajo su cuidado; pero siempre, y aun tratándose de divorcio, las hijas e hijos menores de cinco años se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, a menos que la madre se dedicare a la prostitución, al lenocinio, hubiere contraído el hábito de embriagarse, tuviere alguna enfermedad contagiosa o por su conducta ofreciere peligro grave para la salud o moralidad de sus hijos".

9.—*Efectos de la nulidad del matrimonio en cuanto a los bienes.*— Estas consecuencias están reguladas por los artículos 261 y 262.

"Art. 261.—Declarada la nulidad del matrimonio se procederá a la división de los bienes comunes. Los productos repartibles, si los dos cónyuges hubieren procedido de buena fe, se dividirán entre ellos en la forma convenida en las capitulaciones matrimoniales; si sólo hubiere habido buena fe por parte de uno de los cónyuges, a éste se aplicarán íntegramente esos productos. Si ha habido mala fe de parte de ambos cónyuges, los productos se aplicarán a favor de los hijos".

Art. 262.—Declarada la nulidad del matrimonio, se observarán respecto de las donaciones antenupciales las reglas siguientes:

I.—Las hechas por un tercero a los cónyuges podrán ser revocadas;

II.—Las que hizo el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto y las cosas que fueron objeto de ellas se devolverán al donante con todos sus productos;

III.—Las hechas al inocente por el cónyuge que obró de mala fe quedarán subsistentes;

IV.—Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones que se hayan hecho quedarán en favor de sus hijos. Si no los tienen,

no podrán hacer los donantes reclamación alguna con motivo de la liberalidad".

10.—*Efectos especiales de la nulidad del matrimonio cuando la mujer estuviere encinta.*—"Si al declararse la nulidad del matrimonio la mujer estuviere encinta, se tomarán las precauciones a que se refiere el capítulo primero del Título Quinto del Libro Tercero" del Código Civil.

CAPITULO VII

Efectos del Matrimonio

1.—*Diversidad de efectos.*—Los efectos del matrimonio se determinan desde tres puntos de vista: a) Entre consortes; b) En relación con los hijos, y c) En relación con los bienes.

2.—*Efectos entre consortes.*—Estudiaremos tanto los derechos que se derivan del estado civil que rige el matrimonio, como las obligaciones correlativas a ese status.

En el matrimonio tales derechos subjetivos principalmente se manifiestan en las facultades siguientes: 1.—El derecho a la vida en común, con la obligación correlativa de la cohabitación. 2.—El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente. 3.—El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos. 4.—El derecho y obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, t. III, pág. 68.

Trataremos sucesivamente de los derechos y obligaciones enunciados:

a).—El derecho a exigir una vida en común, con la obligación de habitar bajo el mismo techo, es indiscutiblemente el principal de todos los enumerados, dado que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio. Podemos decir que constituye la relación jurídica fundante de la cual dependen

un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o derivadas. La vida en común implica la relación jurídica fundante, porque si no se realiza, no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas.

b) Otro derecho interesante en el matrimonio es el relativo a exigir el cumplimiento del débito carnal. Se trata de una forma sui-géneris que sólo puede existir, como es evidente, en este tipo de relación intersubjetiva, ya que cada uno de los sujetos está facultado para interferir en la persona y conducta del otro, pero en la forma íntima, que impone la relación sexual. No sólo se trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica, dado que cabe determinar en qué términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad. Evidentemente que, como en todos los problemas del derecho familiar, debe prevalecer el interés siempre superior de la familia, de tal suerte que en el caso se trata no sólo de una función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo con el imperativo general impuesto por el artículo 162, para que cada cónyuge contribuya por su parte a tales fines. En algunas definiciones, tanto de la doctrina como de la ley, se señala la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en esa virtud debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal.

Desde el punto de vista jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio.

En relación con este deber, se establece como impedimento dirimente para contraer matrimonio, la impotencia incurable para la cópula; pero si la nulidad del vínculo no se demanda dentro de los sesenta días siguientes a la celebración del matrimonio (artículo 156, frac. VIII y 246), ya no habrá sanción al incumplimiento del débito carnal, pues el divorcio sólo procederá si la impotencia sobreviene a la celebración del matrimonio (artículo 267, frac. VI).

c) El derecho a exigir fidelidad, y la obligación correlativa, implican fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio sí implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge. No sólo existe, en relación con el deber

correlativo, la prohibición de realizar el adulterio, con la sanción penal correspondiente y la civil relativa al divorcio, pues podemos encontrar aquí diferentes grados y, por lo tanto, distintas formas de incumplimiento. El adulterio constituye la forma máxima de incumplimiento e ilicitud por lo que se refiere a ese deber. Además, no sólo se comprende el aspecto estrictamente jurídico, sino también y de manera fundamental, el aspecto moral que en el caso recibe una sanción jurídica.

En nuestro derecho, tanto el Código Civil, como el Penal, no distinguen en cuanto a las consecuencias del adulterio del marido o de la esposa. El artículo 267, frac. I del Código Civil, estatuye que es causa de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges. Los artículos 273 a 276 del Código Penal, no hacen distinción alguna en la sanción y configuración del delito de adulterio del hombre o de la mujer.

En el Código Civil de 1884, el artículo 228, disponía: "El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio (separación de cuerpos, ya que no se admitía por dicho Código que el divorcio disolviera el matrimonio, conforme al artículo 226); el del marido lo es solamente cuando con él concurre algunas de las circunstancias siguientes:

I.—Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;

II.—Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;

III.—Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;

IV.—Que la adúltera haya maltratado de palabra, de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima".

La creencia vulgar de que las relaciones íntimas que tenga un cónyuge con persona de otro sexo, sin llegar al adulterio, no se encuentran sancionadas jurídicamente, sólo podría ser exacta desde el punto de vista estrictamente penal, pero el derecho civil es evidente que concede una acción al cónyuge ofendido para exigir el divorcio por injuria grave. Si sólo hubiese sanción al deber de fidelidad para el caso del adulterio, peligraría la institución matrimonial, y razones de seguridad jurídica y de interés público motivan la necesidad de admitir las conclusiones anteriores.

d) Otro de los deberes que impone el matrimonio y, por consiguiente, de los derechos que nacen de ese estado civil, es el de socorro y ayuda mutua. Se trata, como en los casos anteriores, de verdaderos derechos-deberes o estados funcionales que, como explica Cicu, descan-

san siempre en la solidaridad familiar y tienen por objeto realizar los fines superiores de la misma. Una de las principales manifestaciones del derecho-obligación que analizamos es la relativa a la prestación de alimentos que la ley impone a los consortes; pero, fundamentalmente, no se concreta exclusivamente a ese aspecto patrimonial. El deber de socorro también comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y, sobre todo, el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges. De esta suerte tenemos un contenido patrimonial en la obligación de alimentos y un contenido moral en el auxilio y ayuda de carácter espiritual que en nuestro derecho se reconoce expresamente por el artículo 147, así como por el 162, bajo los términos de "ayuda mutua", "socorro mutuo".

"La unidad de la vida conyugal y familiar produce la unidad del presupuesto doméstico; no se distinguen los gastos relativos a uno de los cónyuges de los relativos al otro, sino que se confunden en la categoría única de los gastos familiares o cargas del matrimonio. No es posible, por tanto, que cada uno de los cónyuges soporte sus propios gastos sino que tiene que concurrir solamente al gasto total único. Y aunque cese la convivencia de los cónyuges, no por ello desaparecen necesariamente las cargas del matrimonio; si hay hijos, el gasto de su manutención, cuando no están ellos provistos de un suficiente patrimonio propio, es siempre obligación de los progenitores.

Se pueden considerar tres momentos en la disciplina jurídica de las cargas del matrimonio: la determinación de esas cargas, es decir, del tenor de vida de la familia y de las necesidades de los miembros de ella a que hay que dar satisfacción; la fijación de la medida de la contribución de cada uno de los cónyuges para soportar esas cargas; la erogación de los medios y, por tanto, el modo como se efectúa la contribución de los cónyuges". (Tedeschi, *El Régimen Patrimonial de la Familia,* págs. 11 y 12).

3.—*Condición jurídica de la esposa.*—En relación con los efectos del matrimonio entre los consortes, conviene determinar cuál es la situación jurídica de la esposa de acuerdo con las nuevas bases reconocidas en nuestro derecho desde la Ley Sobre Relaciones Familiares y admitidas por el Código Civil vigente. Sin analizar ahora el punto relativo a la potestad marital, sólo determinaremos cuál es la condición jurídica de la mujer en el matrimonio.

En el derecho mexicano, puede decirse que la capacidad jurídica de la mujer (no de la esposa, sino de la mujer en general), sufrió algunas restricciones en los códigos civiles del siglo pasado. Tomaremos como base los códigos civiles del Distrito y Territorios Federales de 1870 y de 1884. En realidad, la regla para la mujer soltera, para la mujer viuda, para la mujer separada, fue la capacidad jurídica. Se exceptuaban algunos casos especiales: por ejemplo, la mujer no podía ser fiadora en ciertas operaciones; no podía ser tutriz, excepto cuando le correspondía el cargo en relación con el marido incapacitado; no podía ser procuradora en juicio, como regla general; tampoco podía ser testigo en testamento. Y para el caso de la esposa, la mujer no podía ser mandataria sin autorización del marido. Pero, como se ve, éstas eran verdaderas excepciones a la regla general; la mujer tenía capacidad jurídica para poder celebrar actos, contratos, en general negocios jurídicos, para poder comparecer en juicio; sólo la esposa, en tanto que esposa, sí estaba incapacitada jurídicamente.

El Código Civil de 1884 reconocía la regla fundamental de la capacidad en el artículo primero, al estatuir: "La ley civil es igual para todos, sin distinción de personas ni de sexos, a no ser en los casos especialmente declarados". Esta parte final: "a no ser en los casos especialmente declarados", vino a permitir las excepciones mencionadas. Además, existían para contratos en general, normas aplicables a los demás negocios jurídicos. Fundamentalmente, la regla de capacidad consagrada en el artículo 1282: en principio toda persona era capaz. Se requería disposición especial para que se originara su incapacidad. "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley", decía el precepto citado.

Contrastando con la capacidad jurídica de la mujer en general, los códigos del siglo pasado regularon la incapacidad jurídica de la esposa en los aspectos fundamentales de la vida: no podía comparecer en juicio por sí misma, sin autorización marital; tampoco podía celebrar actos de dominio u obligarse sin la licencia del marido. Siguiendo al Código Napoleón, nuestros Códigos del siglo pasado, de 1870 y 1884, definieron en reglas perfectamente claras, esta incapacidad de la mujer. Decía el artículo 197 del Código de 1884: "El marido es el representante legítimo de su mujer. Esta no puede, sin licencia de aquél dada por escrito, comparecer en juicio por sí o por procurador, ni aún para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio..." "198.—Tampoco puede la mujer, sin licencia de su marido, adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar sus bienes ni obligarse, sino en los casos especifi-

cados en la ley". En cambio, decía el artículo 202: "La mujer mayor de edad no necesita licencia del marido ni autorización judicial: I. Para defenderse en juicio criminal; II. Para litigar con su marido; III. Para disponer de sus bienes por testamento; IV. Cuando el marido estuviere en estado de interdicción; V. Cuando el marido no pudiere otorgar su licencia por causa de enfermedad; VI. Cuando estuviere legalmente separada; VII. Cuando tuviere establecimiento mercantil".

El Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, además de declarar la capacidad jurídica de la mujer en general, borra toda incapacidad de la esposa e impone una equiparación absoluta en el hogar: marido y mujer tendrán los mismos derechos, la misma autoridad y ambos ejercerán la patria potestad sobre los hijos. En el artículo 2o. de este Código, se declara: "La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles".

Ya el Código vigente no mantiene ninguna incapacidad de la mujer en la celebración de negocios jurídicos, en la comparecencia en juicio, o para desempeñar determinados cargos. También en este aspecto hombre y mujer son equiparados, tienen la misma capacidad jurídica.

Castán Tobeñas, *ob. cit.*, t. III, pág. 515.

Por decreto de 31 de diciembre de 1974 se derogaron los artículos 167 y 168 del Código Civil, para quedar en los siguientes términos:

"Art. 168.—El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo Familiar resolverá lo conducente."

A su vez los artículos 169 a 171 del Código Civil, quedaron modificados en un artículo único, el 169, en los siguientes términos: "Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad, excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualesquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el Juez de lo Familiar resolverá sobre la oposición."

Con el objeto de lograr una equiparación absoluta entre ambos cónyuges, se modificó el artículo 168 que estatuía "Estará a cargo de la mujer la dirección y el cuidado de los trabajos del hogar."

El citado artículo daba a la mujer cierto predominio en la dirección del hogar, privando al marido de la facultad de intervenir en el gobierno del mismo, rompiéndose así la igualdad que debe haber entre los cónyuges.

Además resultaban contradictorios los artículos 167 y 168 anteriores a su reforma, debido a que el Art. 167 disponía: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre algunos de los puntos indicados el juez de lo Familiar correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá sin solemnidad de juicio, pero oyendo a las partes y recibiéndoles sus pruebas, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos."

Lo contradictorio de los artículos 167 y 168 resultaba de que en tanto que el Art. 167 reconocía en ambos cónyuges autoridad y consideraciones iguales, el Art. 168 le reconocía a la mujer la dirección y gobierno del hogar, con la consiguiente exclusión del marido.

En nuestro derecho se presenta la cuestión relativa a determinar si la mujer casada puede ejercer el comercio, dada la distinta regulación existente entre el Código Civil y el Código de Comercio. El artículo 8º del ordenamiento últimamente citado, dice: "La mujer casada, mayor de diez y ocho años, que tenga para ello autorización expresa de su marido, dada en escritura pública, podrá ejercer el comercio. Sin la autorización de su marido podrá ejercerlo en los casos de separación, ausencia, interdicción o privación de derechos civiles del mismo, declaradas conforme a la ley".

A este respecto tenemos el problema de relacionar las reglas generales del derecho civil, en cuanto que otorgan igual capacidad al hombre y a la mujer, y facultan a la esposa para ejercer el comercio, con las especiales del Código de Comercio. Según el artículo 169 del Código Civil, la mujer puede ejercer el comercio, cuando ello no perjudique la dirección y cuidado de los trabajos del hogar.

Tratando de conciliar los dos sistemas propuestos y reglamentados por los códigos civil y mercantil, es posible establecer las siguientes conclusiones:

a).—La ley civil no debe regir la capacidad de la mujer casada para dedicarse al comercio. Corresponde a la legislación mercantil determinar, en cuanto a la profesión del comercio, los requisitos de edad y capacidad en general.

b).—La ley mercantil no debe ni puede reglamentar la actividad de la mujer casada que se dedique al comercio, en lo relativo al cuidado y dirección del hogar y de los hijos.

c).—Deben conciliarse conforme a los criterios anteriores, los con-

flictos de leyes que a este respecto existen según los artículos antes invocados.

d).—De acuerdo con lo anterior, la mujer casada, mayor de dieciocho años, necesitará autorización de su marido, dada en escritura pública, para ejercer el comercio, ya que en este aspecto debe prevalecer la ley mercantil por estar rigiendo para una materia de su estricta incumbencia.

e).—En lo que se refiere al cuidado y dirección del hogar, la mujer casada comerciante, no está factultada para desatender esas obligaciones aun cuando tenga autorización del marido para ejercer el comercio, en las hipótesis que anteceden, pues se trata de una materia exclusivamente regulada por el Código Civil, para beneficio de la familia.

4.—*Potestad marital.*—De lo anteriormente expuesto se desprende que tanto en la Ley Sobre Relaciones Familiares como en el Código Civil vigente, ha desaparecido la potestad marital. Los Códigos de 1870 y 1884 sí reconocían este derecho al marido, quien por disposición de la ley asumía el cargo de representante legal de su esposa. Además, ésta no podía, sin licencia marital dada por escrito, comparecer en juicio por sí o por procurador, ni aún para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio y pendientes en cualquiera instancia al celebrarse éste; tampoco podía la mujer, sin licencia de su marido, adquirir por título oneroso, gravar, ni enajenar sus bienes, ni obligarse, sino especialmente en algunos casos determinados por la ley. La licencia marital podía ser general o especial. En el caso de ausencia del marido, o que éste rehusare sin causa justificada autorizar a su esposa para litigar o contraer obligaciones, el juez podía conceder dicha autorización. Era necesaria esta última, tanto para litigar como para contratar, cuando la mujer y su esposo eran menores de edad, así como cuando pretendieran celebrar algún contrato ambos cónyuges.

Se exceptuaban del requisito de la licencia marital o de la autorización judicial, los siguientes casos: para que la mujer pudiera defenderse en juicio criminal, litigar con su marido, disponer de sus bienes por testamento; cuando estuviera legalmente separada de su esposo; cuando tuviera algún establecimiento mercantil; cuando su marido estuviera en estado de interdicción o no pudiera otorgarle licencia por causa de enfermedad.

Se sancionaban con la nulidad los actos celebrados por la mujer sin licencia marital o judicial, pero dicha acción sólo podía invocarse por aquélla, por el marido o por los herederos de ambos. La ratificación expresa o tácita del esposo, convalidaba plenamente dichos actos y, por

lo tanto, ninguno podía intentar la nulidad. Expresamente ésta se negaba a los fiadores y contratantes. (Códigos de 1870 y de 1884).

5.—*Efectos del matrimonio respecto a los hijos.*—Los efectos del matrimonio respecto a los hijos se aprecian desde los siguientes puntos de vista: a) Para atribuirles la calidad de hijos legítimos; b) Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, y c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

Analizaremos sucesivamente los tres efectos citados:

a) El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo. El artículo 324 dispone: "Se presumen hijos de los cónyuges: I.—Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; II.—Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

b) Legitimación de los hijos naturales por el subsecuente matrimonio de sus padres.—Los artículos 354 a 359 regulan esta importante consecuencia, que en nuestro derecho sólo puede obtenerse por el matrimonio y no por un decreto del Jefe del Estado, como sucede, por ejemplo, en el derecho italiano o alemán. Dice el artículo 354: "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio los hijos habidos antes de su celebración".

c) Certeza en cuanto a los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.—En nuestro derecho, a diferencia de otras legislaciones el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues éstos existen independientemente del mismo en favor y a cargo de los padres y abuelos, sean legítimos o naturales. Por este motivo, nuestro Código Civil al regular la patria potestad, no toma en cuenta la calidad de hijo legítimo o natural, sino que confiere ese poder al padre y madre, a los abuelos paternos y a los abuelos maternos, conforme al orden reconocido en el artículo 420, es decir, primero a los padres, a falta de ellos, a los abuelos paternos y en su defecto a los abuelos maternos. En los artículos 415 a 418, expresamente el Código regula el ejercicio de la patria potestad para el caso de hijos naturales. Por consiguiente, el matrimonio sólo viene a establecer una certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad, respecto de los hijos legítimos.

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

Partimos del supuesto de que se trata de hijos naturales reconocidos, pues faltando el reconocimiento, o una sentencia que declare la paternidad o la maternidad, es evidente que también en nuestro derecho sólo cabe el régimen de la tutela, dado que los padres son desconocidos. El problema, por consiguiente, se plantea para los casos de los hijos naturales reconocidos a efecto de determinar si quedan sujetos a patria potestad o a tutela.

6.—*Efectos del matrimonio en cuanto a los bienes.*—Haremos un somero estudio de estos efectos en virtud de que de acuerdo con los programas vigentes, se ha reservado el análisis de esta materia para el cuarto año de derecho civil. Conforme al sistema regulado por el Código Civil vigente, existen dos regímenes posibles en cuanto a los bienes al celebrarse un matrimonio: a) El de separación de bienes, y b) El de sociedad conyugal. El artículo 98, fracción V, del Código Civil exige que con la solicitud de matrimonio se presente el convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran después. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. En consecuencia, la ley no presume ningún sistema, sino que es obligatorio convenirlo expresamente. El Oficial del Registro Civil no deberá proceder a la celebración del matrimonio si no se cumple con este requisito previo de fundamental importancia.

"Sólo el Código de México de 1928 obliga a los contrayentes a unir a su solicitud de matrimonio el convenio que celebren con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio, expresando si éste se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes (art. 98, núm. 5o.)." (Castán Tobeñas, *ob. cit.*, t. III, pág. 533).

En la actualidad se persigue como principal fin el de realizar la seguridad jurídica entre los consortes por lo que toca a sus bienes, de tal manera que la certeza en cuanto al régimen queda definida, no por una

presunción legal, sino por un convenio que al efecto celebren los consortes.

Castán Tobeñas, *ob. cit.*, t. III, págs. 532 y 533.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se partió del siguiente principio: la ley presumía el régimen de sociedad legal, cuando no existían capitulaciones matrimoniales estipulando la separación de bienes o la sociedad conyugal. Por consiguiente, no era necesario al celebrar el matrimonio pactar ningún régimen, cuando los consortes querían acogerse al sistema de sociedad legal impuesto por ministerio de la ley. Sólo en el caso de que quisieran estipular la separación de bienes, deberían declararlo así en las capitulaciones matrimoniales que al efecto concertaren; o bien, cuando querían regular la sociedad conyugal con determinadas cláusulas especiales.

Bajo el Código Civil de 1884, los artículos 1996 a 2071, regulaban la sociedad legal que de pleno derecho se entendía celebrada entre los consortes, cuando no formulaban capitulaciones matrimoniales expresas para constituir la sociedad voluntaria.

Este sistema estuvo vigente en México hasta que entró en vigor la Ley Sobre Relaciones Familiares de abril de 1917, pues en este ordenamiento se dispuso que deberían de liquidarse las sociedades legales, si lo pidiese así cualesquiera de los cónyuges, continuando entretanto como simples comunidades de bienes. Dispone al efecto el artículo 4º transitorio: "La sociedad legal en los casos en que el matrimonio se haya celebrado bajo ese régimen, se liquidará en los términos legales, si alguno de los consortes lo solicitare; de lo contrario, continuará dicha sociedad como simple comunidad regida por las disposiciones de esta ley".

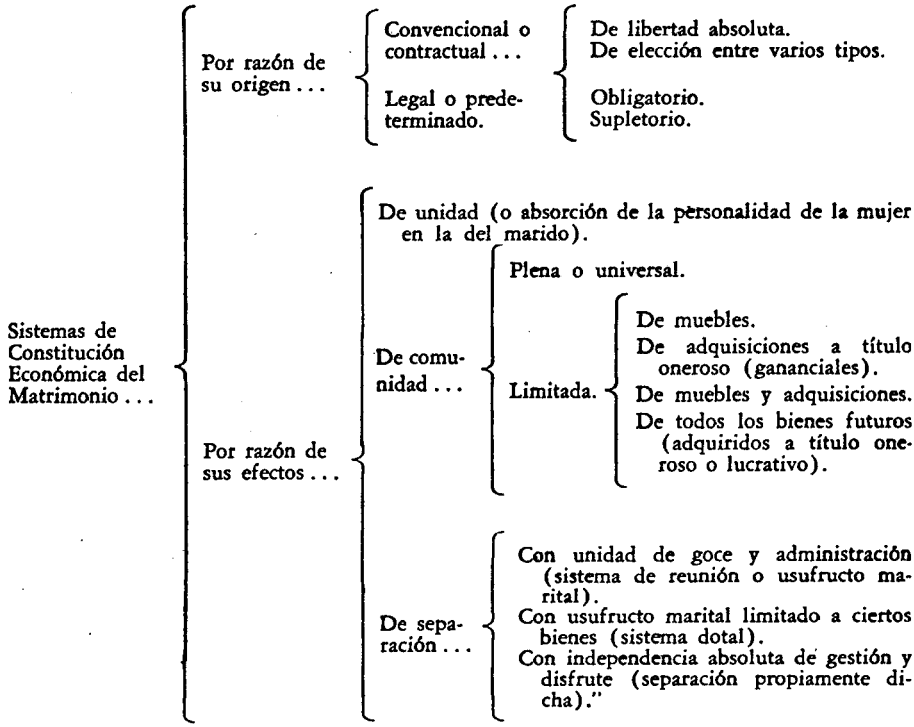
Trataremos sucesivamente del régimen de sociedad conyugal y del de separación de bienes, regulados por el Código Civil vigente, analizando previamente las disposiciones comunes para ambos sistemas que se contienen en los artículos 178 a 182.

7.—*Disposiciones comunes a los regímenes matrimoniales en cuanto a los bienes*:—Prescribe el artículo 178 que el contrato de matrimonio debe celebrarse según el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. En consecuencia, expresamente la ley considera que por lo que se refiere a los bienes, los consortes deben celebrar un contrato pactando uno u otro sistema.

Dicho contrato lleva el nombre especial de "capitulaciones matrimoniales" que el artículo 179 define como el pacto que los esposos cele-

bran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso.

"En rigor, no puede hacerse una clasificación simplista o única de los sistemas que organizan económicamente la sociedad conyugal, pues son muy distintos los aspectos en que pueden aquéllos considerarse y dan lugar a variedades y combinaciones complejas. He aquí los criterios principales que, a nuestro juicio, hay que tener en cuenta en una clasificación sistemática de los regímenes matrimoniales.



(Castán Tobeñas, *ob. cit.*, t. III, págs. 531 y 532).

8.—*Sociedad conyugal.*—Para el estudio de la sociedad conyugal, analizaremos sus elementos esenciales y de validez, así como las causas que las extinguen y las cláusulas nulas en relación con dicho sistema.

En el Código Civil de 1884, los artículos 1986 a 1995 se referían a la sociedad conyugal voluntaria, y a falta de capitulaciones matrimoniales expresas, se entendía celebrado el matrimonio bajo el régimen de sociedad legal, conforme a los artículos 1996 a 2071.

a) *Consentimiento.*—El consentimiento sigue las reglas generales de todos los contratos y, por lo tanto, sólo diremos que en el caso específico consistirá en el acuerdo de voluntades entre los pretendientes o consortes para crear una sociedad en cuanto a determinados bienes. Es por lo tanto característica importante del consentimiento la de constituir una sociedad, o sea, en términos jurídicos, crear una persona moral. Dado el régimen de sociedad conyugal que se contiene en los artículos 183 a 206, por virtud del consentimiento para aportar determinados bienes se crea una verdadera persona jurídica distinta de las personalidades de cada uno de los consortes y con un patrimonio propio. El artículo 189 no deja lugar a duda sobre el particular, pues conforme al mismo las capitulaciones matrimoniales comprenden un activo y pasivo que viene a constituir el patrimonio de la sociedad, con independencia absoluta del activo y pasivo de cada uno de los consortes. Cabe la posibilidad de que el activo se limite a determinados bienes muebles e inmuebles o bien, que comprenda todos los bienes de cada uno de los consortes. Además, debe determinarse quién será el administrador de la sociedad, es decir, se crea el órgano representativo que exige toda persona moral, y las bases para liquidarla. Por esto el artículo 183 dispone que la sociedad conyugal se rige por las capitulaciones matrimoniales que la constituyen y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad. Ahora bien, según el artículo 25, fracción III, son personas morales las sociedades civiles, quienes pactan y se obligan por conducto de sus representantes. En consecuencia, la sociedad conyugal, como sociedad civil, constituye una verdadera persona moral.

El artículo 194 es el único precepto que viene a constituir una nota discordante dentro de todo el sistema regulado por el Código para la sociedad conyugal. En efecto, dice dicho precepto: "El dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad". Ahora bien, tal artículo no puede ser entendido en el sentido de que los bienes comunes constituyen una copropiedad entre los cónyuges, pues aun cuando dice que el dominio reside en ambos mientras subsista la sociedad, no puede tal locución impropia derogar todo el régimen que de manera expresa se desprende de los artículos 183, 188 y 189 del Código Civil, en cuyos preceptos claramente no sólo se habla de una sociedad, sino que se le caracteriza como persona jurídica distinta de las personas físicas de los cónyuges y con un patrimonio propio.

b) *Objeto.*—La sociedad conyugal tiene por objeto directo el de constituir la persona moral a que nos hemos referido, mediante la apor-

tación de los bienes que constituyen el activo de la misma y las deudas que integran su pasivo.

El objeto indirecto está representado por el conjunto de bienes presentes o futuros y por las deudas u obligaciones que integran respectivamente el activo y pasivo de la sociedad.

En cuanto al activo, la sociedad puede comprender tanto bienes muebles como inmuebles, corporales o incorporales (derechos). Los bienes de una y otra naturaleza pueden ser presentes o futuros, es decir, los que existan en el momento de celebrarse la sociedad y los que se adquieran después.

c) *Forma.*—De acuerdo con los artículos 185 y 186, las capitulaciones matrimoniales de sociedad conyugal deberán constar en escritura pública cuando los esposos pacten hacerse copartícipes y transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida. Asimismo, toda reforma que se haga en las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, si las mismas requieren para su validez esa formalidad.

Guido Tedeschi, *El Régimen Patrimonial en la Familia,* págs. 68 y 69.

d) *Capacidad.*—Para el contrato de sociedad conyugal se requiere la capacidad que exige la ley para celebrar el matrimonio y, por lo tanto, de acuerdo con el artículo 181, los menores que con arreglo a la ley pueden casarse, también podrán otorgar capitulaciones matrimoniales, las cuales serán válidas si consienten en ellas las personas que de acuerdo con la ley deban, también, dar su autorización para que se celebre el matrimonio.

e) *Terminación de la sociedad conyugal.*—La sociedad conyugal puede terminar durante el matrimonio si así lo convinieren los esposos o cuando éste concluya por divorcio, nulidad o muerte de cualquiera de los cónyuges.

La terminación de la sociedad conyugal durante el matrimonio a su vez puede tener dos causas: por convenio de los consortes o a solicitud de alguno de ellos en los casos previstos por el artículo 188.

Son causas de extinción de la sociedad conyugal, las siguientes:

1.—Disolución del matrimonio que puede ocurrir por divorcio, nulidad o muerte de algunos de los cónyuges.

2.—Acuerdo de los consortes liquidando la sociedad.

3.—Declaratoria de presunción de muerte del cónyuge ausente, y

4.—Los casos previstos en el artículo 188, en los que la sociedad termina a petición de alguno de los cónyuges, por las dos causas que el mismo precepto indica.

En el caso de que la sociedad conyugal termine por nulidad del matrimonio, se considerará subsistente hasta que se pronuncie la sentencia respectiva, si los dos cónyuges procedieren de buena fe: cuando sólo uno de ellos hubiere obrado de buena fe, la sociedad subsistirá también hasta que cause ejecutoria la sentencia, pero siempre y cuando su continuación sea favorable para el cónyuge que procedió de buena fe; en caso contrario se considerará nula la sociedad desde un principio. Por último, si ambos consortes hubieren procedido de mala fe, los efectos de la nulidad se retrotraerán hasta la fecha de celebración de las capitulaciones matrimoniales (artículos 198 a 200). El artículo 200 impropiamente estatuye que si ambos cónyuges procedieren de mala fe, la sociedad se considerará nula desde la celebración del matrimonio, pues es evidente que la fecha a la cual se retrotrae la nulidad debe ser la del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, que, como hemos visto, pueden ser posteriores a la celebración del matrimonio.

Se entiende siempre que en beneficio de terceros, quedan a salvo los derechos de éstos contra el fondo social, no obstante que se decrete la nulidad, pues ésta es una sanción que sólo debe surtir efectos entre los cónyuges. De aquí que el artículo 201 disponga que el consorte que hubiere obrado de mala fe no tendrá parte en las utilidades, aplicándose éstas a los hijos, y si no los hubiere, al cónyuge inocente. En el supuesto de que ambos consortes hubieren procedido de mala fe, las utilidades se aplicarán a los hijos y si no los hubiere, se repartirán en proporción a lo que cada cónyuge llevó al matrimonio (artículos 201 y 202).

9.—*Régimen de separación de bienes en el matrimonio.*—Este sistema está regulado en el Código Civil vigente por los artículos 207 a 218 y no ofrece graves problemas jurídicos dada la simplicidad inherente al mismo sistema de separación de los bienes de los consortes.

Por virtud de dicho régimen, cada uno de los cónyuges conserva el pleno dominio y administración tanto de los bienes que haya adquirido con anterioridad al matrimonio, cuanto de los que adquiera durante el mismo. Sin embargo, puede haber una separación parcial en cuanto a los bienes, originándose así un régimen mixto que en seguida trataremos. También en cuanto al tiempo puede ocurrir una situación intermedia, por cuanto que la separación de bienes se pacte durante el ma-

trimonio o sobrevenga como efecto de una sentencia que así lo determine.

En los artículos 207 y 208 se admiten las siguientes posibilidades:

a) Régimen de separación de bienes pactado en capitulaciones anteriores al matrimonio, comprendiendo tanto los bienes adquiridos con anterioridad al mismo, cuanto los que se adquieran después;

b) Régimen parcial de separación de bienes, cuando se refiere sólo a los adquiridos con anterioridad al matrimonio, estipulándose sociedad conyugal para los que se adquieran durante la vida matrimonial;

c) Régimen parcial de separación de bienes, cuando las capitulaciones se pacten durante el matrimonio, de tal manera que hubo sociedad conyugal hasta la fecha de las mismas y, posteriormente, separación de bienes; o bien, cabe la situación contraria, es decir, que primero haya existido la separación de bienes hasta la fecha de las capitulaciones y después sobrevenga el régimen de sociedad conyugal;

d) Régimen mixto en cuanto a que se pacte separación para ciertos bienes, por ejemplo, inmuebles y se estipule sociedad conyugal en cuanto a muebles (artículo 208).

Trataremos en relación con el régimen de separación de bienes en el matrimonio, las siguientes cuestiones: forma; efectos; bienes adquiridos en común por donación, herencia, legado o por cualquier otro título; y efectos de la separación de bienes en cuanto al usufructo legal.

a) *Forma.*—Las capitulaciones de separación de bienes no requieren escritura pública para su validez (artículo 210), siempre y cuando se hayan pactado antes de la celebración del matrimonio, bastando por consiguiente el documento privado en el cual se consigne el convenio que se debe acompañar a la solicitud del matrimonio según los términos del artículo 99, fracción V.

Si tal régimen se estipulare durante la vida matrimonial, se observarán las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate, es decir, el precepto parte de la hipótesis de que hubo sociedad conyugal con antelación, pues de acuerdo con el sistema del Código vigente, la disyuntiva se impone: si no hubo separación de bienes, necesariamente tuvo que existir la sociedad conyugal. En estas condiciones, para la transmisión de los bienes que fueron comunes y que en lo sucesivo, por liquidación de la sociedad, deban dividirse entre los cónyuges, se requerirá escritura pública si se trata de inmuebles o derechos reales inmobiliarios cuyo valor exceda de quinientos pesos. El artículo 54 de la ley de notariado vigente, promulgada el 31 de diciem-

bre de 1945 y publicada en el Diario Oficial de la Federación de 23 de febrero de 1946, reformó los preceptos relativos del Código Civil vigente, en cuanto a las formalidades requeridas para la transmisión del dominio de bienes inmuebles, exigiendo la escritura pública en los casos ya citados.

Además de las formalidades indicadas, las capitulaciones que estipulen la separación de bienes deberán contener un inventario en el cual se especifiquen los bienes de cada cónyuge anteriores al matrimonio y una nota de las deudas que al casarse tenga cada consorte (artículo 211).

b) *Efectos.*—Por virtud del régimen de separación de bienes, cada consorte conserva en plena propiedad y administración los que respectivamente le pertenezcan, así como sus frutos y accesiones (artículo 212). También serán propios de los cónyuges los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que tuvieren por servicios personales, por el desempeño de un empleo o por el ejercicio de una profesión, comercio o idustria (artículo 213).

c) *Bienes adquiridos en común por donación, herencia, legado o por cualquier otro título gratuito.*—El régimen de separación también se aplica a esta clase de bienes, pero entretanto se haga la división, dado que si se adquieren en común por ambos cónyuges, serán administrados por los mismos de común acuerdo o por uno de ellos con la conformidad del otro (artículo 215).

d) *Efectos de la separación de bienes en cuanto al usufructo legal.*—El artículo 217 estatuye: "El marido y la mujer que ejerzan la patria potestad se dividirán entre sí, por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede". En consecuencia, el régimen mencionado se extiende también al usufructo legal que corresponde a los que ejercen la patria potestad sobre la mitad de los bienes de sus descendientes que no hayan sido adquiridos por virtud del trabajo de estos últimos. Sin embargo, el mencionado usufructo preferentemente debe destinarse a los alimentos de esos menores y sólo en el caso de que éstos queden satisfechos, podrán los que ejerzan la patria potestad dividirse el excedente en los términos del artículo 217.

10.—*Régimen mixto en cuanto a los bienes matrimoniales.*—De acuerdo con lo antes expuesto, cabe la posibilidad de que los cónyuges pacten el sistema de sociedad conyugal para ciertos bienes y el de separación para otros o bien, que hasta cierta época de la vida matrimonial haya regido un sistema y después principie otro. En esta última hipóte-

sis, propiamente no coexisten la separación y la sociedad conyugal, pues simplemente se liquida un régimen para dar nacimiento a otro.

El artículo 208 permite que la separación de bienes sea absoluta o parcial. Para este segundo caso, los bienes que no queden comprendidos dentro del régimen de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deberán constituir los esposos.

El artículo 209 estatuye: "Durante el matrimonio la separación de bienes puede terminar para ser substituida por la sociedad conyugal; pero si los consortes son menores de edad, se observará lo dispuesto en el artículo 181".

"Lo mismo se observará cuando las capitulaciones de separación se modifiquen durante la menor edad de los cónyuges".

11.—*Donaciones antenupciales.*—También los efectos del matrimonio en cuanto a los bienes se relacionan con las donaciones antenupciales y entre consortes.

Se llaman donaciones antenupciales las que se hacen antes del matrimonio por una de los pretendientes al otro, o por un tercero a alguno de los futuros cónyuges o a ambos, pero siempre en consideración al matrimonio que habrá de celebrarse. Por esta razón quedan sin efecto si el matrimonio dejare de efectuarse (artículo 220).

El régimen de las donaciones antenupciales se caracteriza por una notable restricción a la autonomía de la voluntad, ya que cuando fueren hechas por uno de los pretendientes al otro, no podrán exceder de la sexta parte de sus bienes, reputándose inoficiosa la donación por el exceso, es decir, nula en cuanto al mismo.

Se distinguen también las donaciones antenupciales de las comunes en los siguientes aspectos: a) No necesitan aceptación expresa para su validez (artículo 225); b) No se revocan por sobrevenir hijos al donante (artículo 226), lo cual es lógico, puesto que se hacen en consideración al matrimonio y, por lo tanto, se parte de la hipótesis normal de que el donante tendrá hijos: c) Tampoco se revocan por ingratitud, a no ser que el donante fuere un extraño, que la donación se haya hecho a ambos esposos y que los dos sean ingratos (artículo 227); d) Son revocables por adulterio y abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario, cuando el donante hubiere sido el otro cónyuge (artículo 228); e) Quedan sin efecto si el matrimonio no llegare a celebrarse.

Para todo lo demás, el artículo 231 aplica a las donaciones antenupciales las reglas de las comunes, en todo lo que no fueren contrarias a los artículos 219 a 230.

12.—*Donaciones entre consortes.*—Las donaciones entre consortes son aquellas que se hacen durante el matrimonio por un cónyuge al otro. Tienen como característica especial la de que sólo se confirman con la muerte del donante, de tal manera que éste puede revocarlas libremente y en todo tiempo (artículos 232 y 233). En cambio, en la donación ordinaria se aplica el principio fundamental de los contratos, conforme al cual una vez celebrados deberán ser puntualmente cumplidos, sin que puedan quedar al arbitrio de cualquiera de ellos. Dice el artículo 1797: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Para la donación, una vez aceptada, sólo existe la posibilidad de reducción en los casos en que la ley lo dispone expresamente (artículos 2338, 2359 a 2383). En términos generales, las donaciones se revocan por superveniencia de hijos conforme al artículo 2359 o por ingratitud del donatario en los mismos términos del artículo 2370.

También las donaciones entre consortes se caracterizan porque no se anulan por superveniencia de hijos, pero sí se reducirán cuando sean inoficiosas, en los términos que las comunes (artículo 234).

Como en todos los contratos, las donaciones entre consortes no pueden ser ilícitas y, por lo tanto, contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudicar el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos (artículo 232).

CAPITULO VIII

CONCUBINATO

1.—*Diversidad de tratamientos jurídicos respecto al concubinato.*—La actitud que debe asumir el derecho en relación con el concubinato, constituye, a no dudarlo, el problema moral más importante del derecho de familia. Podemos decir que es más que un problema político jurídico o de regulación técnica, es fundamentalmente una cuestión de orden moral. El derecho puede asumir diferentes actitudes en relación con el concubinato, las principales serían las siguientes:

a) Ignorar en lo absoluto las relaciones que nacen del concubinato, de tal manera que éste permanezca al margen de la ley, tanto para no estatuir consecuencias jurídicas por virtud del mismo, cuanto para no sancionar ni en forma civil ni penalmente dicha unión, si no existe adulterio.

b) Regular exclusivamente las consecuencias del concubinato, pero sólo en relación con los hijos, sin preocuparse de consagrar derechos y obligaciones entre los concubinos.

c) Prohibir el concubinato y sancionarlo bien sea desde el punto de vista civil o penal, permitiendo incluso la separación por la fuerza de los concubinos.

d) Reconocer el concubinato y regularlo jurídicamente, para crear una unión de grado inferior a la matrimonial, concediendo derechos y obligaciones a las partes, principalmente la facultad otorgada a la concubina para exigir alimentos o heredar en la sucesión legítima.

e) Equiparar al concubinato que reúna ciertas condiciones, con el matrimonio, para crear por virtud de la ley o de una decisión judicial, en cada caso, un tipo de unión que consagre entre los concubinos los mismos derechos y obligaciones que se conceden a los cónyuges.

En las diferentes soluciones que encontramos en la historia del derecho, para adoptar alguna de las actitudes antes indicadas, existe siempre un criterio moral que determina de manera casi exclusiva, la regulación del derecho positivo.

En la doctrina encontramos también representadas las diversas actitudes antes mencionadas, esgrimiéndose argumentos de carácter ético para fundarlas.

2.—*El concubinato como estado ajurídico.*—La primera posición que ha asumido el derecho en relación con el concubinato, ignorándolo de manera absoluta, implica una valorización moral, por cuanto que ni se le considera un hecho ilícito para sancionarlo, ni tampoco un hecho lícito para que produzca relaciones jurídicas entre las partes. En tal actitud se estima que el concubinato es un hecho ajurídico, como podría serlo la amistad o los convencionalismos sociales (reglas de educación, de cortesía, de urbanidad, de moda, etc.).

3.—*El concubinato como estado jurídico en relación con los hijos.*—La segunda forma asumida por el derecho para reconocer sólo consecuencias jurídicas al concubinato, respecto a los hijos, parte también de un criterio moral, pues considera que si entre los concubinos no debe tomar partido alguno la regulación jurídica, sí es necesario que lo haga

para proteger a los hijos, determinando sobre todo su condición en relación con el padre. Tal es la posición adoptada por nuestro Código Civil vigente, además de reconocer ciertos derechos a la concubina para heredar o recibir alimentos en la sucesión testamentaria. El artículo 383, declara: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: 1.—Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; II.—Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina".

4.—*Prohibición del concubinato.*—La tercera postura rara vez ha sido asumida por el derecho. En la legislación romana, en la época de la república, el concubinato se consideró como un simple hecho que pudo ser stuprum o adulterio, según que mediasen las circunstancias constitutivas de esos delitos. En el derecho canónico primero se siguió la tendencia romana, pero después se consideró que el concubinato implicaba un delito de naturaleza aún más grave que la fornicatio, pues constituía un estado continuo de fornicación. Posteriormente se llegó a excomulgar a los concubinos y se autorizó el uso de la fuerza pública para romper tales uniones. Esmein, *Le mariage en droit canonique,* Paris, 1929-1935, t. II, pág. 42.

5.—*El concubinato como unión de grado inferior al matrimonio.*—La cuarta actitud asumida por el derecho en relación con el concubinato ha consistido en regularlo jurídicamente para reconocer una unión de grado inferior. Ya en el derecho romano encontramos en un principio esa tendencia. En la actualidad podemos considerar que nuestro Código Civil vigente tiende a dar efectos al concubinato entre las partes y no sólo para beneficiar a los hijos. Independientemente de las disposiciones que facilitan la investigación de la paternidad y la prueba de la filiación, se ha reconocido en el artículo 1635 el derecho de la concubina para heredar en la sucesión legítima del concubinario si vivió con éste como si fuere su marido durante los cinco años anteriores a su muerte o tuvo hijos con él, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y el de cujus no haya tenido varias concubinas. También para el caso de sucesión testamentaria se permite a la concubina, cumpliendo las condiciones antes citadas, exigir una pensión de alimentos dentro de las limitaciones mismas del caudal hereditario.

Eduardo Le Riverend Brusone, en su monografía denominada Matrimonio Anómalo (por equiparación), estudia determinadas condicio-

nes que debe llenar el concubinato para que sea tomado en cuenta por el derecho, las cuales podemos resumir en los siguientes términos:

a).—Un elemento de hecho consistente en la posesión de estado de los concubinos para tener el nomen, el tractatus y la fama de casados. Es decir, vivir como marido y mujer imitando la unión matrimonial. Se discute en la doctrina si debe haber una vida en común con el deber de cohabitación.

b).—Una condición de temporalidad que puede ser entendida implicando continuidad, regularidad o duración en las relaciones sexuales; o bien, frecuencia, permanencia o hábito en las mismas. Respecto a este elemento, ya hemos indicado que el artículo 1635 de nuestro Código Civil reduce el elemento temporal a una duración de cinco años, en tanto que el Código Civil de Chile exige diez años.

c).—Una condición de publicidad. La ley francesa de 1912 requiere para la investigación de la paternidad que se trate de un concubinato notorio, por lo tanto, la clandestinidad en el mismo impide que se le tome en cuenta para ese efecto jurídico.

d).—Una condición de fidelidad.

e).—Una condición de singularidad. Esta condición consiste en la existencia de una sola concubina.

f).—Un elemento de capacidad. Este elemento consiste en exigir a los concubinos la misma capacidad que se requiere para contraer matrimonio, principalmente el de que sean célibes o sea, que no exista el impedimento de un vínculo anterior.

g).—Elemento moral. Este último requisito es el que tiene desde luego mayor valor para que el derecho pueda tomar en cuenta al concubinato.

6.—*Equiparación del concubinato con el matrimonio.*—La última postura que hemos presentado, consiste en equiparar al concubinato con el matrimonio.

Estudiaremos los sistemas de Cuba, Rusia, Tamaulipas (México), Bolivia, Guatemala y algunos Estados de la Unión Americana.

a).—El artículo 43 de la Constitución de la República de Cuba, está concebido en los siguientes términos: "Los Tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil". En el precepto transcrito el concubinato ya no es un matrimonio de grado inferior, sino que se hace una equiparación absoluta con la unión legítima, pero se deja a la de-

cisión de los Tribunales que principalmente deben fundarse en razones de equidad, para resolver en este sentido, siempre y cuando las partes tengan capacidad legal para contraer matrimonio y hayan realizado una unión estable y singular.

b).—En el Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela que rige en Rusia, se hace una equiparación entre el matrimonio celebrado ante el Oficial del Registro Civil y la unión que por mutuo acuerdo se establece entre el hombre y la mujer que han llegado a la edad núbil, para originar un estado de vida más o menos permanente.

En el artículo 3o. se dice textualmente: "Las personas que vivan maritalmente de hecho, y cuyo matrimonio no esté registrado conforme al sistema establecido, tienen el derecho de formalizar en cualquier momento sus relaciones mediante el registro indicando el plazo en que efectivamente hubiesen vivido en común".

En el artículo 12 se prescribe: "En el caso de que el matrimonio no se haya registrado, el Tribunal admitirá como pruebas de cohabitación marital: el hecho de la cohabitación, la existencia de ésta junto con una economía común, la exteriorización de relaciones de carácter matrimonial ante terceras personas, en la correspondencia personal y otros documentos, así como, según las circunstancias del caso, el sustento material recíproco y la mutua educación de los hijos, etc."

En la regulación que antecede se desprende que el Código ruso hace una absoluta equiparación entre el matrimonio y el concubinato, siempre que éste reúna las siguientes condiciones: a) cohabitación marital; b) economía común entre las partes; c) exteriorización de las relaciones maritales ante terceras personas y d) sustento marital recíproco, o mutua educación de los hijos, si los hubiere.

c).—El Código derogado de Tamaulipas en su art. 70, dio el paso más arriesgado que en esta materia puede darse: equiparando en forma absoluta concubinato y matrimonio. Claro está, concubinato, según veremos, con determinadas condiciones para que pueda ser elevado al rango de una unión que produzca efectos iguales al matrimonio. Decía el artículo 70 del Código derogado de Tamaulipas, que tuvo la peculiaridad de distinguirse en muchos aspectos de los demás Códigos de la República: "para los efectos de la ley, se considerará matrimonio la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre con una sola mujer". Esta es la definición de concubinato: una convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre con una sola mujer. Pero afortunadamente el artículo siguiente exigía ciertas condiciones

Si el precepto se hubiese limitado a la definición citada, habría concu-

binato en la unión entre hermanos o de ascendientes y descendientes, o de personas que tuviesen graves impedimentos para celebrar lo que tradicionalmente llamamos matrimonio. En el artículo siguiente, se exige fundadamente, para que la unión concubinaria del Código de Tamaulipas produzca los mismos efectos del matrimonio y sea considerada como tal, que las partes tengan la capacidad jurídica suficiente para poder unirse. Y en ese precepto se enumeran los impedimentos que los demás Códigos de la República estiman como impedimentos para celebrar matrimonio; es decir, el no haber cumplido determinada edad, el parentesco por consanguinidad o por afinidad en línea recta, el parentesco colateral entre hermanos, la existencia de un matrimonio anterior, porque de lo contrario ya habría adulterio y bigamia, etc. El enajenado no podría celebrar esta unión que el Código de Tamaulipas para ese caso ya no llama matrimonio, y que sería simplemente una unión de hecho. Posteriormente, ya en una reglamentación de los actos del Registro Civil, se permite en el Código de Tamaulipas que quienes lleven esa vida marital de hecho, la registren para tener una acta matrimonial. Pero existió en Tamaulipas el matrimonio registrado y el matrimonio no registrado, exactamente como en el Código de la Familia de las Repúblicas Socialistas Soviéticas. Puede el matrimonio existir como tal matrimonio sin registro, por que lo fundamental es la unión en esas condiciones, o bien, puede el matrimonio ser formalizado como un acto del Registro Civil, que queda consagrado en el Registro para tener la prueba auténtica de su celebración.

d).—En relación con este mismo tema, conviene transcribir lo que nos dice Ortiz Urquidi respecto al sistema seguido en Bolivia, Guatemala y algunos Estados de la Unión Americana.

"Bolivia debe igualmente quedar comprendida dentro de este grupo, ya que el artículo 131 de su Carta Magna de 24 de noviembre de 1945, dispone a la letra que "se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con sólo el transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer enlace. La Ley del Registro Civil perfeccionará estas uniones de hecho".

Guatemala también debe ser agrupada dentro de los países de este último tipo matrimonial, dado que desde el 26 de noviembre de 1947 en que fue publicado en el Diario de Centroamérica —órgano oficial del Gobierno de dicha República— está vigente en ella, según el texto de su artículo 35, el Estatuto de las Uniones de Hecho, expedido por el

Congreso guatemalteco el 29 de octubre anterior y promulgado por el Presidente Arévalo el 20 del citado noviembre.

Artículo 1o. Se reconoce legalmente la unión de hecho de un hombre y una mujer, con capacidad para contraer matrimonio y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse mutuamente, mantenida en forma pública y consecutiva por más de tres años, siempre que éstos hubiesen fundado hogar y que ambos se hayan tratado como tales ante sus familiares o relaciones sociales.—Artículo 2o. Las uniones verificadas y mantenidas públicamente por los elementos de la raza indígena, celebradas de acuerdo con sus costumbres, tradiciones o ritos, se tienen como uniones de hecho y gozan de los derechos establecidos en la presente Ley, aun cuando no hayan cumplido el tiempo previsto en el artículo anterior, pero es indispensable que esa unión de hecho se haga constar en la forma prescrita en el artículo 7o., o sea declarada judicialmente y se inscriba en el Registro Civil jurisdiccional. Las uniones mencionadas en el presente artículo, reúnen los requisitos de estabilidad y singularidad previsto en el párrafo 2o. del artículo 74 de la Constitución". (Raúl Ortiz Urquidi, Matrimonio por Comportamiento, México, 1955, págs. 103 y 104).

"Como consecuencia de los principios de libertad que presiden los lazos de la vida civil en los Estados Unidos de Norteamérica, dice el propio Fernández Clérigo en la misma página de su repetida obra, una gran parte de las leyes de esos Estados admiten el matrimonio puramente contractual y su perfección mediante el consentimiento de los contrayentes, manifestada ante el funcionario público competente. También es admitido generalmente allí, agrega el mismo autor, el matrimonio llamado de "Common Law", o sea por la simple convivencia de los consortes, el cual tiene un aspecto casi coincidente con el concubinato o unión libre.

A este respecto, Vázquez del Mercado, en sus citados Alegatos del juicio de amparo directo 876/951/2a. se expresa diciendo que en el Derecho Norteamericano, cuyos antecedentes se encuentran en el Derecho Inglés, se ha consentido expresamente el matrimonio de hecho, al cual se le ha denominado Marriage of Common Law. La institución del matrimonio de Common Law, es decir, el matrimonio por consentimiento, existió en Inglaterra hasta el año de 1753, época en la que se exigió para la validez del matrimonio, salvo algunas excepciones, una ceremonia ante la Iglesia Anglicana, la Iglesia de Estado en Inglaterra. En los Estados Unidos de Norteamérica se adoptó el matrimonio de Common Law, hasta poco antes de la revolución de independencia, en que

fue abolido. No obstante esto, en algunos Estados de la Unión Americana se dio validez al matrimonio de Common Law; poco después de la independencia, se encuentran ya dos corrientes: la una de Massachusetts, que no daba validez al matrimonio de Common Law; y la otra de New York, que aceptaba como válido tal matrimonio. Hasta 1817, la Corte Suprema decidió que el matrimonio de Common Law era válido. En la actualidad, en más de 20 Estados de la Unión Americana, el matrimonio de Common Law es válido, y en otros su validez se discute. En los 22 Estados en donde el matrimonio de Common Law se admite, el único requisito para constituirlo es el consentimiento. El consentimiento puede manifestarse bajo cualquier forma, y una de las formas de manifestarse es la unión del hombre y la mujer. Se puede decir, por tanto —concluye el referido jurisconsulto citando a W. J. Brockelbank, *La formation du mariage dans le Droit des Etats Unis*, París, 1935, pág. 247— que el matrimonio de Common Law en la mayoría de los Estados que lo permiten, se forma por el simple consentimiento de un hombre y de una mujer de tomarse como esposos. El modo de celebrarse se reduce en extremo. No hay necesidad del consentimiento de los padres, ni de la presencia de los testigos, ni de ninguna otra ceremonia". (Raúl Ortiz Urquidi, *Matrimonio por Comportamiento*, México, 1955, págs. 110 a 112).

7.—*Conclusión.*—Parece inmoral y escandaloso sostener que el concubinato con determinadas condiciones, surta efectos jurídicos semejantes al matrimonio, como pretende el Código Civil de Morelos, al darle derecho a la concubina para heredar y para exigir alimentos, o bien la solución radical del Código de Tamaulipas, o la solución más sensata de la Constitución Cubana. Pero si meditamos que exigiendo el legislador un conjunto de requisitos, tales como el estado de hecho que debe caracterizar a todo estado civil, el nombre y el trato que se den los concubinos en familia y en sociedad para reputarse marido y mujer; una estabilidad, una permanencia, una cierta publicidad, para que no sea un hecho clandestino, oculto, manteniendo esa relación marital en la sombra; una condición de fidelidad de la concubina, esencial, para poder presumir que los hijos de ella son hijos del concubinario; un requisito de la singularidad para que sólo exista una concubina, y el fundamento de capacidad, para que no medien los impedimentos que originan la nulidad del matrimonio o bien que impiden la celebración del mismo; y, finalmente, una condición de moralidad, que toda ley en este ensayo de equiparación debe exigir; si tomamos en cuenta todos estos requisitos, no nos parece que se desconozca, ni la santidad del matrimonio para quienes tienen la idea del matrimonio como sacramento, ni tampoco el rango mismo que en el de-

recho civil debe tener la unión matrimonial sobre las uniones no matrimoniales. Y en cambio, logramos una solución que nos parece justa, para poder garantizar a la mujer que ha formado una familia, que ha sido fiel, que le ha dado hijos al cubinario, que tiene el requisito de capacidad para unirse en matrimonio, la misma condición jurídica de la esposa en cuanto a los derechos que puede exigir frente al marido y con relación a los hijos.

Nótese que sólo hay una diferencia formal entonces entre concubinato y matrimonio: el matrimonio simplemente difiere de esta unión, en que la voluntad se ha manifestado ante el Oficial del Registro Civil y se ha firmado un acta, es decir, es una cuestión simplemente de formalidad. En la unión de hecho, la voluntad se ha manifestado día a día, con esta ventaja sobre el matrimonio: que siendo al principio unión que en cualquier momento puede destruirse, disolverse, ha logrado permanencia, ha logrado estabilidad, es decir, hay sinceridad, hay espontaneidad en la unión. Y si esa unión tiene socialmente la importancia de ser base de una familia, si ha habido hijos, si la concubina se mantiene en una conducta igual a la de la esposa, no vemos la razón por la cual no venga la ley en auxilio de ella, a reconocer determinados derechos. Por ejemplo, el derecho a alimentos, para que no pueda ser abandonada en cualquier momento y cuando quiera el concubinario. Existe ya una familia formada y el legislador no puede permanecer indiferente ante este hecho.

TITULO V

DIVORCIO

CAPITULO I

Sistemas de Divorcio y Divorcio Voluntario

1.—*Clasificación de los sistemas.*—Tenemos que distinguir dos grandes sistemas: El divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular.

Fernando Fuego Laneri, *Derecho Civil,* t. VI, v. I, Imp. y Lito Universo, S. A., Santiago de Chile, 1959, págs. 183 y 184.

2.—*Divorcio por separación de cuerpos.*—En este sistema el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: la separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente, a hacer vida marital.

Planiol, *Tratado Elemental de Derecho Civil,* t. II, relativo al Divorcio, Filiación e Incapacidades, de la traduc. de José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1946, págs. 86 a 110.
Ramos Pedrueza, Conferencias, México, 1922, págs. 14 y 15.

Este tipo de divorcio fue el único que regularon nuestros Códigos Civiles de 1870 y de 1884. Hasta la ley de 2 de diciembre de 1914, el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista introdujo el divorcio vincular.

Ricardo Couto, *Derecho Civil Mexicano, De las Personas,* México, 1919 t. I, págs. 303, 304, 307 y 308.

3.—*Divorcio vincular.*—La principal característica de este divorcio consiste en la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyu-

ges para contraer nuevas nupcias. Dentro de este sistema podemos hacer una división bipartita, a saber: divorcio necesario y divorcio voluntario.

El divorcio vincular necesario se decreta por las causales señaladas en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Código Civil vigente, que podemos clasificar, en los siguientes grupos: a).—Por delitos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge en contra de terceras personas; b) Hechos inmorales; c) Incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio; d) Actos contrarios al estado matrimonial, y e) Enfermedades o vicios enumerados específicamente.

Estas causas graves dan origen al divorcio vincular, aun en contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente.

Ahora bien, dentro del divorcio vincular necesario, podemos mencionar el divorcio sanción y el divorcio remedio. El primero se motiva por las causas antes clasificadas, exceptuándose las enfermedades que en seguida se indican.

El divorcio remedio se admite como medida de protección para el cónyuge sano y los hijos, cuando el otro consorte padece una enfermedad crónica e incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria.

La fracción XVII del artículo 267 del Código Civil vigente, señala también como causa de divorcio, el mutuo consentimiento, dando lugar al divorcio voluntario.

4.—*Derecho romano.*—Desde el origen de Roma, la institución del divorcio fue admitida y reglamentada legalmente, a pesar de que no concordaba con las costumbres primitivas muy severas a ese respecto.

El divorcio en Roma puede considerarse con dos formas distintas: a) Bona gratia.—En nuestros días es el llamado divorcio voluntario. Los jurisconsultos romanos fundaron esta institución en el siguiente razonamiento: el mutuo disenso disuelve lo que el consentimiento había unido. Para este tipo de divorcio no se requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el solo acto de voluntad. b). Repudiación.—Este divorcio puede ser intentado por un solo de los cónyuges, aun sin expresión de causa. Para que la mujer pueda intentar este divorcio, se requiere que no se encuentre bajo la manus del marido. La ley Julia de adulteriis, exigía que el que intentara divorciarse por medio de la repudiación notificara al otro esposo su voluntad ante siete testigos, mediante un acta, o simplemente por medio de la palabra; en el caso de una acta, se le hacía entregar al otro cónyuge, por un liberto.

Con la conversión de los emperadores romanos al cristianismo, se impusieron una serie de trabas al divorcio, ya que, no era posible supri-

mirlo por completo por haber arraigado profundamente esta institución en el espíritu del pueblo romano.

5.—*Códigos civiles de 1870 y 1884.*—En México, los Códigos de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, reglamentando en cambio sólo el divorcio por separación de cuerpos. Entre el Código de 1870 y el de 1884, sólo existe una diferencia de grado, es decir, el primero estatuía mayores requisitos, audiencias y plazos, para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos. El Código de 1884 redujo los trámites considerablemente. En ambos Códigos se regulan como causas de separación de cuerpos, algunas de las que enumera el Código Civil vigente como causas de divorcio vincular.

6.—*Código Civil de 1870.*—El capítulo V de dicho ordenamiento regula lo relativo al divorcio. En este Código se parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble y, como consecuencia lógica, no se admite el divorcio vincular. El artículo respectivo señaló seis causas de divorcio (—separación de cuerpos—), cuatro de las cuales constituían delitos. De las restantes, la sevicia podía constituir delito, pero aun en el supuesto de no llegar a este grado, se le consideró como causa de divorcio. Las causas de divorcio señaladas en dicho ordenamiento, "además de inducir sospecha fundada de mala conducta, siembran el resentimiento y la desconfianza, y hacen sumamente difícil la unión conyugal". (Exposición de motivos del propio ordenamiento).

Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, t. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 93.

Los artículos 239 y 240 del citado Código de 1870 disponían: Art. 239: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este código".

Art. 240: "Son causas legítimas de divorcio: 1a.—El adulterio de uno de los cónyuges; 2a.—La propuesta del marido para prostituir á su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3a.—La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; 4a.—El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la conni-

vencia en su corrupción; 5a.—El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; 6a.—La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél; 7a.—La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro".

Este ordenamiento, se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio, una serie de trabas y formalidades. Al efecto, después de una serie de separaciones temporales, en las cuales, al finalizar el plazo de cada una de ellas, el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto, para que diesen por terminado el juicio de divorcio, intentaba en la última audiencia su reconciliación, antes de pronunciar la sentencia definitiva. Asimismo, se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio llevaba veinte años o más de constituido. Ahora bien, el Código Civil de 1870 señalaba como condición sine qua non, para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubieren transcurrido dos años como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente.

Messineo, *ob. cit.*, t. III, pág. 98.

7.—*Código Civil de 1884.*—De su artículo 226, se desprende que el único divorcio que admitía, era el de separación de cuerpos, en el cual, como ya hemos dicho, subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose sólo algunas de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

Como causas de divorcio señalaba dicho Código, el adulterio de uno de los cónyuges, el hecho de dar a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes del contrato (de matrimonio) y que judicialmente se le declarara ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a la mujer, o permitir de alguna manera dicha prostitución; la violencia hecha por uno de los cónyuges para que el otro cometiera algún delito; el conato de alguno de los cónyuges para tolerar o corromper a los hijos; el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada; la sevicia; la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro; el hecho de negarse a ministrar alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles de juego y embriaguez; la enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa o hereditaria, anterior al matrimonio; la infracción a las capitulaciones matrimoniales; y el mutuo consentimiento.

En el caso de que ambos consortes de común acuerdo desearan separarse del lecho y habitación, deberían acudir ante el juez para que este

la decretara, no siendo bastante el simple hecho de la separación para considerarse como efectuado el divorcio, sino que éste debía ser decretado por la autoridad judicial competente.

El Código Civil de 1884, en forma general, reprodujo los preceptos del Código anterior, en cuanto a la naturaleza de divorcio, sus efectos y sus formalidades. Sin embargo, nos encontramos ante el hecho indiscutible de haber reducido notablemente los trámites necesarios para la consecución del divorcio, ya que sin abolir por completo la serie de trabas que señalaba el Código de 1870, sí hizo más fácil la separación de cuerpos.

8.—*Ley Sobre Relaciones Familiares.*—A partir de esta ley, expedida en 1917 por Venustiano Carranza, se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble, y que por lo tanto, el divorcio sí daba término a dicho vínculo, permitiendo a los divorciados, celebrar nuevas nupcias. En el capítulo siguiente nos referiremos a la primera ley sobre el divorcio vincular, expedida también por Carranza en el mes de diciembre de 1914.

El artículo 75 de aquella ley, estatuía: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Por virtud del divorcio, decía el artículo 102, los cúnyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causa de adulterio, pues en este último caso, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

Art. 140: La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

9.—*Código Civil vigente.*—El Código Civil vigente en su artículo 266 reprodujo el artículo 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, que a la letra dice: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

En nuestra legislación civil vigente, debemos distinguir cuatro formas distintas de divorcio, tres de las cuales se encontraban ya reglamentadas en la Ley de Relaciones Familiares, consistentes en: a) divorcio necesario; b) divorcio voluntario; c) separación de cuerpos, y la introducción

de un nuevo sistema de divorcio, que se ha denominado: d) divorcio voluntario de tipo administrativo. Analizaremos cada uno de estos sistemas, conforme a nuestra legislación civil vigente:

10.—*Divorcio necesario en el Código Civil vigente.*—El divorcio necesario tiene su origen en las causales señaladas en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Código Civil vigente.

Dentro de este sistema de divorcio, podemos considerar dos tipos, que son: el divorcio sanción y el divorcio remedio. El divorcio sanción se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien, un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio. El divorcio remedio se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias.

11.—*El divorcio voluntario de tipo administrativo en el Código Civil vigente.*—La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil vigente, facilita en forma indebida la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, ya que llenándose ciertas formalidades que menciona el artículo 272, que transcribiremos después, los consortes pueden acudir ante el Oficial del Registro Civil para que se levante un acta que dé por terminado el matrimonio. La exposición de motivos del proyecto de Código en cuestión, en su parte relativa, indica que si bien es cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución; lo es también, el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario será en interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruente con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial.

12.—*El divorcio voluntario de tipo judicial en el Código Civil vigente.*—Cuando no se llenan los requisitos enunciados en el número anterior para que sea procedente el divorcio voluntario de tipo administrativo, y se tiene la voluntad de disolver el matrimonio, existe un divorcio de tipo judicial, el cual se decreta por sentencia, dictada por el juez de lo civil o de primera instancia, la cual disolverá el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, en caso de existir.

Si los consortes son menores de edad, si existen hijos en el matrimonio, o bien, si el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, sin haberse liquidado, se deberá tramitar el divorcio voluntario ante el juez competente. Es decir, si los consortes que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento, no llenan los requisitos señalados para el divorcio de tipo administrativo, por ser menores, tener hijos o bienes comunes, deberán acudir ante el juez competente.

13.—*Procedimiento en el divorcio voluntario.*—Este procedimiento comprende las dos juntas que respectivamente exigen los artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles, para que en ellas se ratifique y reitere la voluntad de ambos consortes de divorciarse.

14.—*Requisitos del convenio de divorcio.*—El artículo 273 dispone: "Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior (es decir: que tengan hijos, o bien que sean menores de edad, o que tengan bienes comunes) están obligados a presentar al juzgado un convenio en el que se fijen los siguientes puntos: I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio. II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio. III. La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento. IV. La cantidad que a títulos de alimentos un cónyuge deba pagar al otro durante el procedimiento, la forma en que debe dar el pago y la garantía que debe dar para asegurarlo. V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A este efecto se acompañará un inventario y un avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad."

Generalmente es en relación con el primer punto del artículo 273, como los cónyuges no llegan a un acuerdo estrictamente legal para definir la situación de los hijos, porque en realidad pretende alguno de ellos excluir al otro de la patria potestad. Es decir, concede el divorcio siempre y cuando se le entregue la custodia de sus hijos menores, y además, que el otro cónyuge renuncie de hecho a la patria potestad. Ahora bien, como la patria potestad no es renunciable, se trata de buscar una manera de burlar a la ley, redactando el convenio de divorcio de tal manera que sin emplear la expresión categórica de que un cónyuge renuncia a la patria potestad sobre sus hijos, de hecho hace esa renuncia, porque

se obliga a no visitarlos, a no intervenir en su educación, en su representación jurídica. En una palabra: a no volver a tener trato alguno con sus hijos menores. Pues bien, esta forma como generalmente se redacta la cláusula, cuando hay esa condición indebida, impuesta por un cónyuge al otro, a fin de que el divorcio se tramite de común acuerdo, no debe ser aprobada por el juez. Por desgracia, nuestros jueces se dejan guiar por la letra de estas cláusulas en donde con todo cuidado no se emplea el término renuncia de la patria potestad, sin darse cuenta de que de hecho hay una verdadera renuncia, si en algún sentido se impide el ejercicio de la patria potestad que no puede perderse jamás en el divorcio voluntario.

La pérdida de la patria potestad, es sólo una sanción en el divorcio necesario contra el cónyuge culpable, y es en el único caso en que el cónyuge inocente sí la ejerce exclusivamente. Pero en el divorcio voluntario, la ley parte de que no hay causa imputable a ninguno de los consortes, sino simplemente que es voluntad de ellos, disolver el vínculo. Entonces no hay razón jurídica que justifique la pérdida de la patria potestad, pues el artículo 448 del Código Civil dice: "La patria potestad no es renunciable".

15.—*Otros puntos que comprende el convenio de divorcio voluntario.*—Los demás puntos que comprende el artículo 273 del Código Civil, se refieren respectivamente al modo de subvenir las necesidades de los hijos, tanto durante el juicio de divorcio, como después de ejecutoriada la sentencia que se dicte en el mismo; el modo de subvenir las necesidades de un cónyuge durante el juicio, que puede ser la mujer, pero puede serlo el hombre, cuando esté incapacitado para trabajar y carezca de bienes propios; la casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento y la manera de administrar, primero, la sociedad conyugal y después proceder a su liquidación, nombrando al efecto liquidadores en el convenio de divorcio.

16.—*Alimentos de los hijos.*—De estos puntos, sobre los cuales debe versar también el convenio de divorcio voluntario, merecen especial atención los relativos a los alimentos de los hijos y del cónyuge acreedor. Por lo que toca a los hijos, el convenio no sólo debe señalar los alimentos necesarios según las posibilidades de los padres en función de sus bienes, de sus recursos, de sus ingresos y de la condición social de los hijos para satisfacer estas necesidades, sino que además, debe asegurarse debidamente el cumplimiento de la pensión alimenticia mediante la garantía

o la forma que el juez considere suficiente. En la fracción II del artículo 273, simplemente se dice que el convenio deberá precisar el modo de subvenir las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio; pero no se determina la garantía que deba otorgarse. Esto lo precisa el artículo 275 en su parte final, al indicarnos: "Mientras que se decrete el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes habrá la obligación de dar alimentos"

17.—*Crítica al artículo* 287 *del Código Civil vigente.*—Una vez ejecutoriado el divorcio, los alimentos que conforme al artículo 287 se imponen a ambos padres en el divorcio voluntario, y también en el necesario, se limitan indebidamente por lo que toca a los hijos varones, hasta que lleguen a su mayoría de edad, y por lo que ve a las hijas, hasta que se casen, siempre y cuando vivan honestamente. Dice el precepto mencionado: "Los consortes divorciados (por consiguiente, tanto en el divorcio voluntario como en el necesario) tendrán obligación de contribuir en proporción de sus bienes a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, y de las hijas aunque sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio; siempre que vivan honestamente". Hay aquí una limitación injusta, sobre todo por lo que se refiere a los hijos varones, que no solamente va en contra de las reglas generales en materia de alimentos, sino que además constituye en ocasiones, un premio para no dar alimentos a los hijos mayores incapacitados, por el solo hecho de que sus padres se divorcien; e incluso se llega a la monstruosidad de que el mismo cónyuge culpable en el divorcio necesario no tendrá obligación de dar alimentos a sus hijos varones mayores de edad, incapacitados, por ejemplo, por una enfermedad y que además carezcan de bienes. Conforme a las reglas generales, los padres siempre tienen la obligación de dar alimentos a sus hijos, aun cuando éstos sean mayores de edad, si los necesitan, por carecer de bienes, y además, estar incapacitados para el trabajo; por ejemplo, un hijo con parálisis total, que carezca de bienes. Sería contrario a todo principio de humanidad, que por llegar a la mayoría de edad, sus padres no tuvieran la obligación de darle alimentos. Aquí es intrascendente que el hijo sea mayor o menor de edad y las reglas generales, sin duda de acuerdo con un principio evidente de justicia, imponen esta obligación de alimentos, a pesar, repetimos, de la mayoría de edad, si el hijo —hombre o mujer— carece de bienes y está imposibilitado para trabajar.

18.—*Obligación de los padres de pagar alimentos en proporción de sus bienes.*—Los padres divorciados tendrán la obligación de contribuir en proporción de sus bienes a los alimentos de sus hijos, conforme al citado artículo 287. No es verdad, por consiguiente, que la obligación conforme al Código Civil vigente gravite sólo sobre el padre, cuando, tanto éste, como la madre, están en condición de dar alimentos a sus hijos. Más aún, el precepto les impone dicha obligación en proporción a sus bienes. Puede ocurrir que ambos padres tengan bienes cuantiosos, pero que la fortuna de la madre sea, por ejemplo, diez veces mayor a la fortuna del padre, aun cuando ambos, por su patrimonio, puedan cada uno de ellos por sí solo dar a los hijos una pensión alimenticia amplia y suficiente. Según el artículo 287, que generalmente se olvida, bien en los convenios de divorcio, bien en el divorcio necesario, tendrá que cuantificarse la pensión alimenticia que den el padre y la madre, en proporción a la cuantía de sus bienes, y podrá darse el caso de que si la fortuna de la madre es diez veces superior a la del padre, ésta pague las nueve décimas partes de la pensión alimenticia y el padre sólo la décima parte, no obstante que, podría perfectamente este último cubrir la totalidad de esos alimentos. Más aún, generalmente se cree que en el divorcio necesario, cuando el padre es el cónyuge culpable, la sanción consistirá en que pague la totalidad de los alimentos de los hijos, y esto es falso. Hay otras sanciones que después estudiaremos; pero en materia de alimentos, continuará obligado a darlos, como también el cónyuge inocente que conserva la patria potestad, quien continúa como progenitor, no como cónyuge culpable o inocente, con la obligación de dar alimentos a sus hijos; y esta obligación que se establece tomando en cuenta la fortuna de cada uno de los progenitores, nada tiene que ver con el hecho de que uno sea culpable y el otro inocente; y sería estrictamente jurídica la solución de un juez en la que el padre culpable cuya fortuna es muy inferior a la de la madre inocente, impusiere a ésta la mayor cantidad para dar alimentos a los hijos, y al padre culpable, la menor cantidad.

19.—*Alimentos del cónyuge en el divorcio voluntario.*—En cuanto a la obligación de dar alimentos en el divorcio voluntario a uno de los cónyuges, el artículo 273 no habla del marido como obligado a dar alimentos a la esposa durante el procedimiento de divorcio, sino que la fracción IV se refiere al cónyuge deudor que deberá otorgar alimentos al cónyuge acreedor, sin decirnos quién puede ser deudor y quién puede ser acreedor. Dice al efecto la fracción IV del artículo 273: "La cantidad que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro durante el

procedimiento, la forma de hacer el pago, y la garantía que debe darse para hacerlo". Según las reglas generales, podrá haber cónyuge deudor y cónyuge acreedor, y un cónyuge estar necesitado por carecer de bienes y de trabajo, y el otro estar en condiciones por tener bienes o por recibir ingresos en virtud de su trabajo, de dar alimentos, y entonces, podrá ser el hombre, podrá ser la mujer, quien respectivamente asuma la calidad de cónyuge deudor o cónyuge acreedor. Por lo demás, no tiene mayor importancia esta cláusula, dado que el término para sustanciar y tramitar el divorcio voluntario, es generalmente muy breve. Sí en cambio, tiene interés determinar, una vez ejecutoriado el divorcio, si la mujer tiene derecho a exigir alimentos al ex marido, o bien, si un cónyuge podrá exigir alimentos al otro. Tratándose del divorcio voluntario, ninguno de los cónyuges una vez pronunciada la sentencia de divorcio tiene el derecho a exigir alimentos al otro. Sólo en el divorcio necesario, el cónyuge culpable está obligado a dar alimentos al inocente, pero es potestativo y, por consiguiente, lícito, que en el convenio de divorcio voluntario se pacten alimentos de un cónyuge para el otro, pero no es un requisito del convenio de divorcio, por eso no lo menciona el artículo 273, que sólo se limita a la obligación de estipular alimentos de un cónyuge para el otro, durante el procedimiento de divorcio. En cambio, el artículo 288, nos dice en su párrafo final: "En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a la pensión alimenticia ni a la indemnización que concede este artículo". Pero puede haber pacto en contrario, y es perfectamente lícito que un cónyuge se obligue a dar alimentos al otro en el divorcio voluntario, si está en condiciones de hacerlo.

20.—*El divorcio voluntario en el derecho comparado.*—A propósito del divorcio por mutuo consentimiento, conviene hacer una breve reseña en el derecho comparado. En las legislaciones europeas, el Código Civil francés o Código Napoleón, aceptó el divorcio por mutuo consentimiento, y lo siguieron el Código de Bélgica, el de Rumanía y el de Luxemburgo.

"Son pocas las legislaciones europeas que admiten el divorcio voluntario.

Tuvo su nacimiento en el Código Napoleón, como ya tuvimos ocasión de expresar, pero fue suprimido de dicho cuerpo legal, y actualmente en Francia no existe esta clase de divorcio. En cambio, se ha conservado en Bélgica y Luxemburgo, donde sigue rigiendo el primitivo texto del Código francés. También existe en Rumanía, a causa de la misma influencia francesa.

Ni Alemania, ni Suiza, ni Inglaterra, ni la legislación francesa, actualmente en vigor, admiten la expresada forma de divorcio puramente voluntario.

En resumen, en Europa existe en Bélgica, en Luxemburgo, en Rusia, en Rumania, en Suecia, en Dinamarca, en Estonia, en Letonia y en Portugal". (Luis Fernández Clérigo, "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada". Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1947, pág. 162).

Rusia ha aceptado con toda liberalidad no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino el divorcio por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges. Uruguay ha seguido al Código ruso, para permitir el divorcio por voluntad unilateral sólo de la mujer. En Rusia, hombre o mujer, por su sola voluntad, pueden concurrir al juez para que decrete el divorcio y, por consiguiente, no se necesita el mutuo consentimiento, con mayor razón procederá cuando éste existe.

En Uruguay, sólo la mujer tiene este derecho de disolver su matrimonio por su voluntad, el marido no. Pero claro, ambos cónyuges pueden por su voluntad y de común acuerdo disolver el matrimonio. En América, además de determinadas restricciones como ocurre en México, se acepta el divorcio voluntario por Cuba, Guatemala, El Salvador, Panamá, Bolivia, Venezuela y Perú. Sólo que en los nuevos Códigos Civiles de Venezuela y de Perú, primero hay una separación de cuerpos, por dos años en Venezuela, y hasta que transcurran, se puede pedir el divorcio por mutuo consentimiento; en Perú hay una separación de cuerpos por un año y una vez transcurrido, se puede pedir el divorcio por mutuo consentimiento.

Es decir, hay países en América que facilitan el divorcio voluntario y otros paíse que dificultan su trámite.

En realidad, la idea del divorcio voluntario que parte del Código francés, se debe a Bonaparte, quien logró imponerla, no obstante la opinión contraria de quienes intervinieron en la redacción del Código que lleva su nombre.

Marcel Planiol, *ob. cit.*, págs. 13 y 14.

En Francia, no obstante que se origina el divorcio voluntario y que así se estatuye en el Código Napoleón, después se suprime, continuando vigente en los países que lo siguieron: Bélgica, Luxemburgo y Rumanía. Suecia, Dinamarca, Letonia, Estonia y Portugal, también lo admiten.

En Francia, en realidad ya no hay divorcio voluntario en la actualidad, pero se ha llegado, como explica Planiol, a circunstancias todavía más graves, porque hay los divorcios simulados. No hay una verdadera causa de divorcio, pero como los consortes no pueden divorciarse por mutuo consentimiento, simplemente, porque ya no quieren continuar ca-

sados y no se les aceptaría esta manifestación de voluntad, entonces recurren a la inmoralidad de inventar una causa.

Planiol, *ob. cit.*, págs. 24 y 25.

CAPITULO II

El Divorcio Necesario en el Derecho Comparado

1.—*El derecho antiguo.*—El divorcio necesario existió desde la más remota antigüedad, ya la ley mosaica lo permitía. En Atenas se admitía también la disolución del vínculo matrimonial por determinadas causas.

2.—*Derecho romano.*—En el derecho romano se reconoció tanto el divorcio necesario como el voluntario.

Ricardo Couto, *Derecho Civil Mexicano, De las Personas,* México, 1919, t. I, págs. 300 y 301.

En el primitivo derecho romano, para los matrimonios en los que la mujer estaba sujeta a la manus del marido, es decir, a una potestad marital férrea, equiparando a la mujer a una hija, sólo el marido tenía el derecho de repudiar a la esposa para disolver su matrimonio, y había, por consiguiente, la posibilidad de una disolución matrimonial por voluntad unilateral.

E. Petit, *Derecho Romano,* traduc. de Manuel Rodríguez Carrasco, Editorial Araujo, Buenos Aires, 1940, págs. 109 a 111.

Posteriormente, ya en la evolución del derecho romano, para los matrimonios en los que la mujer no estaba sujeta a la manus del marido, el derecho de repudiación se concedía a ambos cónyuges.

"Legislaciones antiguas.—Las legislaciones antiguas, con las cuales se encontraba en contacto la Iglesia, admitían el divorcio, sobre todo, el derecho romano lo autorizaba de una manera amplia, sin intervención del juez, y sin exigir el consentimiento recíproco de las partes. El repudio unilateral era posible tanto de parte de la mujer como de parte del marido. Las costumbres germanas, así como la ley judía, permitían al marido repudiar a su mujer a voluntad y sin causa determinada". (Marcel Planiol, *ob. cit.*, págs. 13 y 14).

Es discutible si en el derecho romano la repudiación que ejercía en un principio el marido y que después correspondió a ambos consortes podría ser libre, sin expresión de causa, o tendría que fundarse en determinados motivos justificados. En verdad, hay textos que aluden a ciertas causas que implican faltas graves, como el adulterio, la corrupción de los hijos, la prostitución de la esposa o que el marido la prostituyere, el que un cónyuge incitara al otro para cometer algún delito, etc. pero no se desprende necesariamente de estos textos que sólo cuando hubiese tales causas de divorcio podría ejercerse el derecho de repudiación. Por esto, la mayoría de los romanistas consideran que el derecho de repudiación era libre, podría fundarse en alguna causa, o podría llevarse a cabo sin expresión de ella.

Rodolfo Sohn, *Instituciones de Derecho Privado Romano,* traduc. de Wenceslao Roces, Gráfica Panamericana, S. de R. L., México, 1951, pags. 293 y 294.

3.—*Derecho musulmán.*—En la historia del divorcio conviene mencionar la evolución del mismo en el derecho musulmán.

Tomamos de la obra de José López Ortiz, *Derecho Musulmán,* el comentario que hace sobre las siguientes causas de divorcio en el derecho islámico:

"Los que podríamos llamar, dentro del fic, pleitos de divorcio, pueden fundamentarse en las siguientes causas: impotencia de uno de los cónyuges o enfermedades que hagan peligrosa la cohabitación, si el conocimiento previo de estos defectos, y no obstante ellos la continuación de la vida conyugal no han hecho prescribir el derecho a reclamar. Estos defectos o enfermedades pueden ser incurables, caso en el cual el cadí, sin más, disuelve el matrimonio; si en cambio las reputa curables, concede un plazo prudencial, pasado el cual, si no han desaparecido, disuelve el matrimonio.

El adulterio tiene una consideración especial; ya se ha hablado de él en su aspecto de delito penado por la ley. Pero hay un medio de hacer efectivas sus consecuencias cuando se pueden eludir en el orden penal. Se habla de esta cuestión en los tratados de fic bajo el título de Lian —juramento imprecatorio—, con el cual el marido acusa a su mujer. Directamente tiende el procedimiento ha hacer constar la rehusa del marido a reconocer como suyo un hijo de su mujer. El marido que tiene pruebas directas del adulterio de su mujer, o que a lo menos se cree en el caso de no reconocerse padre de un hijo de ésta, acude al cadí con la acusación; ante él hace el juez comparecer a ambos, a poder ser en la mezquita en hora de gran concurrencia; el marido formula solemnemente su acusación apoyándola con tres juramentos a los que añade el cuarto, que contiene la imprecación ritual, de la maldición divina, si no dice la verdad. Si la mujer contesta y apoya su negación de las imputaciones del marido con otros cuatro juramentos, en el cuarto de los cuales se impreca también sobre sí la cólera divina —como

las del marido son palabras sacramentales—, evade la pena del adulterio; pero la prole de todos modos ya no se atribuye al marido y el matrimonio queda disuelto". (José López Ortiz, *Derecho Musulmán,* colección Labor, Barcelona, 1932, págs. 163 y 164).

Mahoma se preocupó de la facultad que también en el derecho islámico existía, para que especialmente el hombre pudiera repudiar a la mujer y como según las tradiciones musulmanas, y después conforme al Alcorán mismo, era lícita la facultad de repudiar, introdujo una idea de tipo religioso para limitarla, considerando que para Alá era odiosa esa facultad, no obstante que conforme al derecho, era lícita. De aquí, la innovación que hizo Mahoma para que se tuviese que repudiar con juramento, invocando una determinada causa, aun cuando no se probase. Por ejemplo: el adulterio, la indocilidad de la mujer, y según las costumbres jurídico-religiosas, habría que repetir la repudiación hasta tres veces. Entretanto, cuando este derecho lo ejercía el marido, la mujer entraba en un período de espera por tres meses, a fin de que el marido pudiese repudiarla sucesivamente en ese lapso. Esto no quiere decir que la repudiación tuviera que hacerse mensualmente, para que a través de tres repudiaciones en esa forma quedase disuelto el matrimonio. Se consideró necesario este término de espera, fundamentalmente dentro de la idea religiosa de Mahoma, a fin de no invocar el juramento ante Alá, sin reflexionar sobre él, así como permitir la reconciliación. Generalmente se obtenía ésta, pero también, para aquel que quería ejercer la repudiación en un solo acto, bastaba con que dijese que repudiaba a su cónyuge a través de una repudiación triple y, por lo tanto, ya no tendría que repetir las repudiaciones sucesivas.

4.—*Derecho francés antiguo.*—Tiene importancia también, señalar la evolución del matrimonio en el antiguo derecho francés, en virtud de que posteriormente el Código de Napoleón va a servir de inspiración a los Códigos europeos.

5.—*Derecho canónico.*—El derecho canónico no admitió el divorcio. Sin embargo, hasta el siglo VIII predominó la interpretación que del evangelio hizo San Mateo, estimando que por adulterio podía disolverse el matrimonio. En sentido contrario hubo la interpretación que llevaron a cabo San Lucas y San Marcos, en el sentido de que ni aún por adulterio, podría disolverse el matrimonio. En los primeros siglos, incluso algunos padres de la Iglesia permitían el divorcio por adulterio. A partir del siglo VIII y hasta el siglo XIII se discutió en los concilios si era admisible

el divorcio por adulterio, única causa posible. Fue ganando terreno la idea de que ni aún por adulterio era posible el divorcio, y el derecho francés antiguo evolucionó conforme a esta idea, para prohibir el divorcio. En realidad, no fue sino hasta el siglo XIII como ya quedó debidamente establecido que el matrimonio consumado entre bautizados, es decir, el matrimonio en donde ya hubo cópula carnal, no podía disolverse, ni aún por adulterio.

La evolución que se inicia en estos términos toma ya una trayectoria diferente, según que se trate del derecho francés o del derecho canónico.

Marcel Planiol, *ob. cit.*, pág. 14.

6.—*Derecho francés moderno.*—En el derecho francés la evolución se produjo de la siguiente manera: fue hasta la Revolución Francesa como las ideas católicas respecto a la indisolubilidad del matrimonio perdieron su valor. Sin embargo, no fue en la primera constitución francesa de 1791 como se estableció legalmente el divorcio, sino hasta una ley del año siguiente, es decir, de 1792. Esta ley francesa se caracteriza por permitir el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres y, además, por adulterio, por injurias graves, por sevicia, por abandono de un cónyuge o de la casa conyugal. También se reconocen causas que en realidad no implican una culpa, un hecho inmoral o un delito, como la locura y la ausencia no imputable. También la emigración por más de cinco años fue causa de divorcio.

En el Código Napoleón se admitió tanto el divorcio voluntario como el necesario, pero se restringieron las causas. Ya no se aceptó la incompatibilidad de caracteres, la locura, la ausencia, la emigración y se reconocieron como causas de divorcio: el adulterio, las injurias graves, la sevicia y las condenas criminales.

Hasta el año de 1816 continuó el divorcio en Francia conforme al Código Napoleón, pero con motivo de una Carta constitucional de 1814 que le dio al catolicismo el valor de religión de Estado, por la ley de 1816 se suprimió el divorcio. Se ha interpretado esta ley de 1816, como un desagravio a la Iglesia, causado por la Revolución Francesa, que a su vez trajo como consecuencia que el catolicismo no fuese religión de Estado.

Planiol, *ob. cit.*, pág. 15.

A partir de 1816 y hasta 1884, no hubo divorcio en Francia, no obstante que a mediados del siglo pasado se volvió a negar al catolicismo

el carácter de religión de Estado. Era lógico entonces que al desaparecer la causa que impedía el divorcio, se promulgara una ley que volviera a admitirlo, pero sólo hubo iniciativas de las Cámaras de Diputados en diferentes ocasiones que presentaron proyectos que fueron siempre rechazados. No fue sino hasta 1884 cuando se reimplanta el divorcio, pero no ya en los términos de la ley de 1792, sino más bien en la forma que lo estableció el Código Napoleón. Es decir, restringiendo el divorcio en los casos de adulterio, de injurias graves, de sevicia y de condenas criminales.

7.—*Derechos europeos y americanos.*—En Europa, en realidad las disposiciones del Código francés inspiraron a los Códigos de Bélgica, Luxemburgo y Rumanía, para admitir el divorcio sanción, es decir, el divorcio ante causas graves, pero países como España e Italia no lo admitieron. Más aún, tuvieron la idea de la indisolubilidad del vínculo aún en los casos de adulterio. Siguieron al derecho canónico en cuanto a la separación de cuerpos en forma definitiva por adulterio, o en forma temporal por otras causas.

"El divorcio pleno o en cuanto al vínculo, es una de las instituciones jurídicas objeto de las más ardientes controversias doctrinales y de más acentuada diversidad legislativa. He aquí un resumen de los principales sistemas que se practican en los pueblos modernos:

1.—El de las legislaciones que rechazan en absoluto el divorcio (Italia, España, Irlanda, Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Paraguay).

2.—Legislaciones que lo rechazan para los católicos, (Inglaterra, Austria, Servia, Bulgaria).

3.—Legislaciones que admiten el divorcio, pero sólo por causas determinadas que implican faltas graves de los cónyuges (Francia, Portugal, Inglaterra, Holanda, Honduras).

4.—Legislaciones que lo admiten, aún por ciertos hechos que no revisten el carácter de faltas (Alemania, Suiza, Estados Unidos de América).

5.—Legislaciones que admiten el divorcio por consentimiento mutuo (Bélgica, Portugal, Ecuador, Venezuela, Guatemala, Cuba, Santo Domingo y Nicaragua).

6.—Legislaciones que admiten el divorcio por voluntad de uno solo de los cónyuges (Unión Soviética, y en algún aspecto, Uruguay)". José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español Común y Foral,* 5ª edición, Madrid, 1941, t. III, págs. 723 y 724.

Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia,* traducción de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas, volumen I, Bosch, Barcelona, págs. 211 y 212.

8.—*Sistemas de divorcio en el derecho comparado.*—Independientemente de esta evolución histórica por lo que se refiere al divorcio nece-

sario, podemos clasificar dos grandes formas del mismo: El divorcio sanción y el divorcio remedio. Se llama divorcio sanción a aquel que se establece por causas graves, como delitos, hechos inmorales, actos que implican el incumplimiento de las obligaciones fundamentales en el matrimonio, o que sean contrarios al estado matrimonial, por cuanto que destruyan la vida en común, así como los vicios: abuso de drogas enervantes, embriaguez consuetudinaria, o el juego, cuando constituya un motivo constante de desavenencia conyugal. El divorcio remedio ya no supone una culpa, sino que se decreta la disolución del vínculo para proteger al cónyuge sano o a los hijos cuando existan enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias.

"Sistemas generales sobre las causas de divorcio.—Las diversas legislaciones se han mostrado muy desiguales sobre el número, y naturaleza de las causas de divorcio que admiten. Unas solamente admiten como tales las culpas graves cometidas por un esposo contra el otro: tal es el sistema del Código de Napoleón y de la ley francesa de 1884 que parcialmente se separa de las primitivas disposiciones del Código; tal es también el sistema del Código neerlandés. Otras legislaciones permiten el divorcio por hechos que no tienen el carácter de incumplimiento a un deber matrimonial. Como la emigración, el estado de ausencia, la locura. Es éste el sistema de la ley francesa de 1792 y del Código Civil alemán. Ambas categorías de legislaciones se basan en dos concepciones diferentes del divorcio: las primeras lo consideran como una sanción de los deberes que impone el matrimonio, de manera que los hechos que no son imputables a culpa de uno de los cónyuges no son causas de divorcio, debiendo el otro soportarlos por enojosos que sean para él, como riesgos inseparables de la existencia humana. Las segundas, por lo contrario, ven en el divorcio un medio de liberar a uno de los esposos del lazo conyugal, tan pronto como no pueda alcanzarse ya el fin del matrimonio, aunque no haya ninguna culpa por parte del otro cónyuge". (Planiol, *ob. cit.*, págs. 19 y 20).

"CUADRO SINÓPTICO.—He aquí la comparación de las causas de divorcio en algunas legislaciones; las líneas punteadas indican que la causa de divorcio correspondiente no existe en la legislación de que se trate.

La más amplia de estas legislaciones es, sin duda, la Ley Francesa de 1792; la más restrictiva, la del Código neerlandés, que únicamente autoriza el divorcio en cuatro casos precisos. Aparentemente el Código de Napoleón y la ley de 1884 parecen establecer también cuatro causas de divorcio; pero entre ellas, hay una —la injuria grave—, que contiene un número indefinido. En algunos países se encuentran casos excepcionales: la impotencia, en Suecia, la abjuración de la fe cristiana, en Servia.

Ley de 1792	*Código de Napoleón y ley de 1884*	*Código Neerlandés (art. 264)*	*Código Alemán*	*Código Suizo de 1907-1912*
Mala conducta notoria.	Adulterio (arts. 229-230).	Adulterio.	Adulterio (art. 1565).	Adulterio (art. 137).
Abandono durante dos años.	— — — — —	Abandono malicioso.	Abandono malicioso (art. 1567).	Abandono malicioso durante dos años (art. 140).
Sevicias.	Excesos y sevicias (art. 231).	Lesiones graves.	Atentado contra la vida y sevicias graves (arts. 1566 y 1568).	Sevicias y atentados contra la vida (art. 138).
Injurias graves.	Injurias graves (art. 231).	— — — — —	Incumplimiento a los deberes conyugales, por virtud del cual la vida común sea imposible (art. 1568).	Injurias graves (art. 138).
Condenas criminales.	Condenas criminales (art. 232).	Ciertas condenas penales.	Ciertas condenas penales (art. 1568).	Delito infamante y conducta deshonrosa (art. 139).
Locura.	— — — — —	— — — — —	Locura incurable (art. 1569).	Locura incurable (art. 141).
Estado de ausencia durante cinco años y emigración en los casos prohibidos.	— — — — —	— — — — —	— — — — —	— — — — —
Incompatibilidad de caracteres.	— — — — —	— — — — —	— — — — —	Vida común insoportable (art. 142)" (Planiol, *ob. cit.*, págs. 20 y 21).

CAPITULO III

Estudio Comparativo e Histórico del Divorcio Necesario en la Legislación Mexicana

1.—*Legislación anterior al Código Civil vigente.*—Ya hemos explicado que bajo los Códigos de 1870 y 1884, sólo existió el divorcio por separación de cuerpos, bien por mutuo consentimiento, bien como divorcio necesario ante determinadas causas que generalmente implicaban delitos, graves hechos inmorales, o incumplimiento de obligaciones conyugales.

Este sistema de divorcio por separación de cuerpos fue por primera vez abolido por el primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo y, además, jefe de la Revolución Mexicana, por ley de 29 de diciembre de 1914.

Partiremos del Código Civil de 1870 que señaló las siguientes causas en su artículo 240: 1) El adulterio de uno de los cónyuges. 2) La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer. 3) La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal. 4) El conato del marido o la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción. 5) El abandono sin justa causa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años. 6) La sevicia del marido con su mujer, o la de ésta con aquél. 7) La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

En el Código Civil de 1884, se reproducen estas siete causas de divorcio, pero además, se agregan las siguientes: 8) El hecho de que la mujer dé a luz en el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo. 9) La negativa de uno de los cónyuges de suministrar alimentos conforme a la ley. 10) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez. 11) Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge. 12) La infracción de las capitulaciones matrimoniales. Además, este Código reglamentó el divorcio por separación de cuerpos a través del mutuo consentimiento de los consortes.

La Ley de 1914 ya no hace una enumeración de causas, y de acuerdo con su exposición de motivos, se ve el propósito evidente de terminar con los matrimonios desavenidos. Al efecto, su artículo primero dispuso: "El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima".

En esta forma tan amplia en que la ley de 1914 reconoció el divorcio vincular necesario, se comprendían, dentro de la primera serie de causas, es decir, las que hacían imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, las siguientes: a). Impotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie; b). Enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias, y c). Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podían cumplir los fines matrimoniales.

En la segunda serie de causas, podían considerarse a su vez, las siguientes: a). Faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal. Es decir, se incluían los delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas, que arrojaran una mancha irreparable; b). Los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, de tolerancia del marido para prostituirla, o de la ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos; y c). El incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos.

2.—*Ley de Relaciones Familiares.*—Continuando en esta evolución histórica, la citada ley tomó en cuenta las causas de divorcio que reguló el Código de 1884, pero suprimió la infracción de las capitulaciones matrimoniales, habiendo sido ese Código el único que la admitió, pues ni el de 1870, ni la Ley de Relaciones Familiares, ni después el Código vigente han admitido que la infracción de las capitulaciones matrimoniales pueda disolver el vínculo. Se agrega en el artículo 76, que en esa Ley de Relaciones enumera las causas de divorcio, la siguiente: "Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes de otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancias, o tratándose de persona distinta

de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley, una pena que no baje de un año de prisión".

3.—*Código Civil vigente.*—Este ordenamiento reprodujo las mismas causas de la Ley de Relaciones Familiares, suprimiendo también, la infracción de las capitulaciones matrimoniales, pero se introducen nuevas: desde luego se comprenden los vicios, no sólo la embriaguez consuetudinaria, sino el uso inmoderado de las drogas enervantes, y el juego.

4.—*Clasificación de las causas de divorcio.*—Clasificaremos las causas de divorcio, pero referidas al Código Civil vigente. No haremos una enumeración, porque no tiene objeto, como lo hace el artículo 267 de dicho Código, en virtud de que en la misma no se sigue un criterio sistemático. Además, es difícil retener en la memoria estas causas, si no se lleva a cabo una clasificación, agrupándolas por especies, a efecto de distinguir: I. Las que impliquen delitos, II. Las que constituyan hechos inmorales, III. Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de obligaciones conyugales, IV. Determinados vicios y V. Ciertas enfermedades. Por lo que toca a los delitos, están comprendidos en las fracciones: I, IV, V, XI, XIII, XIV y XVI del artículo 267.—Los hechos inmorales están enumerados en las fracciones: II, III y V. Los hechos contrarios al estado matrimonial están previstos por las fracciones: VIII, IX, X y XII.—Las enfermedades en las fracciones VI y VII, y los vicios en la fracción XV.

"Para recoger debidamente, y dentro de un criterio sistemático, las causas de divorcio establecidas en las principales legislaciones, es oportuno seguir un método análogo al utilizado por el profesor Francisco Cosentini, y dividir las aludidas causas en cinco grandes grupos, a saber: causas criminológicas, causas simplemente culposas, causas eugenésicas, causas objetivas e inculpables y causas indeterminadas". (Luis Fernández Clérigo, *ob. cit.*, págs. 136 y 137).

Como corolario a la breve historia de las causas de divorcio en el derecho mexicano, presentamos a continuación un cuadro sinóptico sobre las mismas, partiendo del Código Civil vigente, que es el ordenamiento que admite el mayor número de ellas, señalando las causas correspondientes en cada legislación anterior.

C. C. vigente	*L. R. F.*	*C. C. de 1884*	*C. C. de 1870*
Adulterio.	Adulterio	Adulterio	Adulterio
Dar a luz un hijo ilegítimo.	Sí	Sí	No
Propuesta del marido para prostituir a la mujer.	Sí	Sí	Sí
Incitación de un cónyuge al otro para cometer un delito.	Sí	Sí	Sí
Corrupción de los hijos.	Sí	Sí	Sí
Enfermedad hereditaria o contagiosa, crónica e incurable. Impotencia.	Sí	Sí	No
Enajenación mental.	Sí	No	No
Abandono del domicilio conyugal (6 meses).	Sí (6 meses)	Sí (Con justa causa un año).	Sí (2 años)
Separación del domicilio conyugal con justa causa por más de un año.	No	Sí	No
Declaración de ausencia.	No	No	No
Sevicias o injurias graves.	Sevicia o injurias graves que hagan imposible la vida en común.	Sí	Sevicia de un cónyuge para con el otro.

C. C. vigente	*L. R. F.*	*C. C. de 1884*	*C. C. de 1870*
Negarse a dar alimentos el cónyuge obligado a ello.	Ausencia del marido abandonando obligaciones inherentes al matrimonio, más de un año.	Sí	No
Acusación calumniosa en delito que merezca más de dos años de prisión.	Sí	Sí (Sin límite de penalidad).	Sí (Sin límite de penalidad).
Cometer un delito no político, que sea infamante, con pena mayor de dos años.	Sí (No requiere que sea infamante).	No	No
Hábitos de juego o de embriaguez, uso de drogas enervantes.	Embriaguez.	No	No
Delito de un cónyuge contra el otro en cuanto a los bienes, o su persona.	Sí	No	No
El mutuo consentimiento.	Sí	Sí	Sí

CAPITULO IV

Estudio Sistemático de las Causas de Divorcio

1.—*Criterios de clasificación.*—Por lo que toca a los delitos, es necesario distinguir a su vez: delitos de un cónyuge contra el otro, delitos de un cónyuge contra los hijos y delitos contra terceros.

Haremos al efecto el estudio sistemático de estas causas de divorcio.

Habrá que distinguir delitos de un cónyuge contra el otro, que comprenden las fracciones: I, III, IV, XI, XIII y XIV; delitos de un cónyuge contra los hijos, enumerados en la fracción V y delitos contra terceras personas, previstos en la fracción XIV.

2.—*Calificación civil y penal del delito como causa de divorcio.*—Se presenta el problema de determinar si estos delitos para llegar a ser causa de divorcio, deben ser declarados así en una sentencia pronunciada por un juez penal, y sólo hasta que se cumpla este requisito, se pudiera proceder al divorcio, fundándose precisamente en esa causa, lo que a su vez, entraña otro problema: la sustanciación del proceso penal trae consigo generalmente pase el término de seis meses que da la ley, para hacer valer la causa de divorcio. Evidentemente que no puede correr el término de seis meses, sino hasta que esté tipificada ya la causa de divorcio, en virtud de que el artículo respectivo estima que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia, los hechos en que se funda la demanda. Ahora bien, el conocimiento de estos hechos, mientras que no estén clasificados como delitos, no basta, cuando sea necesario que una sentencia penal lo declare así.

3.—*Adulterio.*—La primera causa que implica un delito de un cónyuge contra el otro, es el adulterio debidamente probado. Evidentemente que en este caso no se requiere que exista sentencia en el orden penal para tipificar el delito de adulterio. El juez civil puede apreciar libremente las pruebas que se le presenten para acreditar el adulterio que se imputa al demandado, y esto por la razón fundamental de que el adulterio es un delito que sólo se persigue a instancia o querella del cónyuge ofen-

dido, que puede simplemente ejercitar la acción de divorcio, sin presentar querella para que se sancione penalmente ese acto.

Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia,* traducción de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas, volumen I, Bosch, Barcelona, pág. 216.

Como la jurisdicción civil es autónoma, y en el juicio de divorcio se pueden rendir pruebas distintas de aquellas que se presentaron en la causa penal, podrá el juez del divorcio considerar probado el adulterio para los efectos de disolver el matrimonio, justamente porque está operando sobre distintas pruebas de aquellas que haya tomado en cuenta el juez penal.

Planiol y Ripert, *ob. cit.,* t. II, pág. 393.

4.—*Adulterio del esposo y de la esposa.*—Respecto del adulterio, hay una innovación muy importante en el Código Civil vigente, frente a todos los ordenamientos anteriores, exceptuando la Ley de 1914, que no menciona causas específicas; pero en el Código de 1870 y en el de 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, se hacía una distinción entre el adulterio del hombre y el de la mujer. El adulterio de la mujer siempre fue causa de divorcio en esos ordenamientos, como en el Código vigente lo es. En cambio, el adulterio del hombre no fue siempre causa de divorcio; se requería bajo esos Códigos de 1870 y 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, que además hubiese escándalo por virtud del adulterio, bien cuando el marido ofendía a su mujer, o cuando la adúltera ofendía de palabra o de obra a la esposa, o cuando el adulterio se realizaba en la casa conyugal, o era como consecuencia de un concubinato, de una relación sexual continua con otra mujer. El Código Civil vigente lleva a cabo la equiparación en el adulterio del hombre y el de la mujer. Por eso dice el precepto que será causa de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, sin exigir ningún otro requisito. Además, el artículo 269, complementando al 267, agrega que cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio, sin necesidad, por lo tanto, de que haya una sentencia en el orden penal.

Planiol, *ob. cit.,* pág. 27.
Ricardo Couto, *Derecho Civil Mexicano, De las Personas,* México, 1919, t. I, pág 311.

5.—*Actos del marido para prostituir a su esposa.*—La causa de divorcio que se hace consistir en el hecho de que el marido prostituyese a su mujer, bien cuando lo lleve a cabo directamente o cuando acepte dinero o alguna otra recompensa para que su mujer tenga relaciones carnales con otro hombre, no requiere que previamente se declare al marido penalmente responsable del delito de lenocinio, pues dada la amplitud con que está expresada esta causa por la frac. III del artículo 267 del Código Civil, puede ir más allá del mismo delito de lenocinio que castiga el Código Penal, cuando alguien obtenga de otro un lucro a través del comercio carnal, haciendo una explotación de su cuerpo en forma constante o accidental. Una comparación entre el artículo 267, frac. III, del Código Civil y el artículo 207 del Código Penal vigente en el Distrito y Territorios, para el lenocinio, nos permitirá precisar la independencia que existe entre lo que constituye una causa de divorcio ante este hecho ilícito, y los elementos que integran desde el punto de vista estrictamente penal, el delito de lenocinio. Dice textualmente la frac. III del citado artículo 267 del Código Civil: "Es causa de divorcio la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer". A su vez, el artículo 207 del Código Penal dispone: "Comete el delito de lenocinio: I. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de éste, obtenga de él un lucro cualquiera. II. Al que induzca o solicite una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución". La idea de ilicitud que existe en ambos preceptos coincide en su aspecto esencial, pero evidentemente, para que se pruebe la causa de divorcio no exigirá el juez civil que se acrediten todos los elementos que para el delito de lenocinio requiere el Código Penal, y cuyos elementos deben justificarse plenamente para probar la existencia del cuerpo del delito. En tanto que el Código Penal comprende este comercio carnal indebido por la explotación del cuerpo de otra persona, que podrá llevar a cabo un tercero, el Código Civil se referiere, como es evidente, sólo el marido frente a la esposa, pero no sólo cuando directamente la explote, sino también cuando le proponga prostituirla.

Couto, *ob. cit.*, t. I, pág. 318.
Planiol, *ob. cit.*, págs. 35 y 36.

6.—*Incitación o violencia hechas por un cónyuge al otro, para cometer algún delito.*—En la fracción IV del mismo artículo 267 se declara que

es causa de divorcio la incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. Aquí nuevamente encontramos que esta incitación puede tipificar el delito previsto por el artículo 209 del Código Penal, que textualmente estatuye: "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito cometido."

Como se ve, conforme al artículo 209 del Código Penal, se requiere que alguien provoque públicamente a otro para cometer un delito, o bien, que haga la apología de éste o de un vicio; en cambio, la fracción IV del artículo 267 del Código Civil, no requiere que esa provocación sea pública, basta con que un cónyuge incite al otro a cometer un delito, aun cuando no sea de incontinencia carnal, o bien, que lleve a cabo una violencia física o moral para que cometa el delito. Podrá haber tanto causa de divorcio como delito, cuando públicamente un cónyuge incite o provoque al otro para que cometa el delito, o lo que es más grave, cuando lleve a cabo violencia bien física, a través de fuerza, de tortura, de dolor, de privación de la libertad o moral, mediante amenazas, para que se cometa el delito. Penalmente no se necesita que el delito se realice; pero si se ejecutare, entonces habrá una coparticipación, serán responsables del delito, respectivamente el que indujo, incitó o provocó para que se cometiera, y el que lo realizó.

7.—*Actos inmorales de un cónyuge para corromper a sus hijos o a los del otro cónyuge.*—La fracción V del mismo artículo 267 comprende como causas de divorcio tanto delitos como hechos inmorales, porque se refiere a los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción. Podrá darse el caso específico de corrupción de menores de dieciocho años de edad; pero podrán los hijos ser mayores, y entonces ya no estaremos ante ese delito, pero sí indiscutiblemente, ante el acto inmoral del padre o de la madre que inducen o llegan a corromper al hijo o a la hija mayor de dieciocho años. Además, por lo que toca al delito de corrupción de menores, que podrá realizar un tercero o cualquiera de los padres, se necesitan los requisitos que estatuye el artículo 201 del Código Penal, que dice: "Se aplicará prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a mil pesos, al que procure o facilite la corrupción de un menor de dieciocho años, o lo induzca a la mendicidad". O bien, que se incurra en los casos

previstos por el artículo 202 al exigir: "que se empleen a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicio. Esta contravención se castigará con prisión de tres días a un año y multa de veinticinco a quinientos pesos, y además, con cierre definitivo del establecimiento en caso de reincidencia. Incurrirán en la misma pena, los padres o tutores que acepten que sus hijos menores respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos".

8.—*Sevicia, amenazas e injurias graves.*—En la frac. XI del artículo 267 se comprenden las causas de divorcio que con más frecuencia se invocan ante nuestros tribunales. Lo propio ocurre en los tribunales de todo el mundo, y especialmente en Francia, la jurisprudencia ha hecho aplicación amplísima de estas causas que consisten en la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro. Nuevamente, como en los casos anteriores, pueden llegar a tipificar o el delito de amenazas, de injurias, o bien, constituir sólo desde el punto de vista civil una causa de divorcio independientemente de que se establezca por sentencia la existencia o comisión de esos delitos.

Couto, *ob. cit.*, t. I, pág. 322.

Para la sevicia discuten los autores y la jurisprudencia, si se requiere un mal trato continuo, aun cuando no sea grave, pero que por su permanencia, continuidad o repetición, llega a hacer imposible la vida conyugal: o si puede haber sevicia a pesar de que el mal trato no sea continuo, si es grave, y el cual puede ser de palabra o de obra. Propiamente debemos entender la sevicia en función de su finalidad: que haga imposible la vida conyugal; que los malos tratos de palabra o de obra que la constituyen, den como resultado que se rompa definitivamente la armonía entre los cónyuges, aunque no sean continuos.

El mismo criterio se sigue para la injuria que debe ser grave, según el artículo 267, frac. XI, pero esta gravedad debe ser apreciada por el juez y no por el actor en el juicio de divorcio, a efecto de resolver si hace imposible la vida conyugal.

Tesis 380, pág. 705 de la última compilación de jurisprudencia publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación del año de 1955:

Divorcio, injurias graves comó causa de.—Tratándose de juicios de divorcio, por causa de injurias graves que hacen imposible la vida conyugal, el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador, la certeza de la existencia

de un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos que ha roto, de hecho, el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial. El profundo y radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de uno de ellos, incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio, es el índice que fija racionalmente el ánimo del juzgador".

Según jurisprudencia constante establecida en México, nuestra Suprema Corte ha considerado que la gravedad se tendrá que entender por el juez, en función de hacer imposible la vida conyugal.

Tesis 381, página 710 de la última Compilación de Jurisprudencia publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación del año de 1955:

Divorcio, injurias graves como causa de.—Si los testigos presentados por el actor en un juicio de divorcio, no expresaron las palabras constitutivas de las injurias imputadas a la demandada, la autoridad sentenciadora estará imposibilitada para juzgar de la gravedad de tales injurias y, por ende, para considerar justificada la causal de divorcio de que se trata".

Es importante distinguir este aspecto, porque generalmente el actor en el juicio califica la injuria de grave al presentar la demanda, pero no dice en qué consiste. Afirma simplemente que ha habido por parte del otro cónyuge graves injurias de palabra o de obra. Esto es arrebatarle al juez la función de juzgar la gravedad, e incluso de juzgar el mismo hecho de si es injuria o no, porque en esta forma quedaría a la calificación que hiciera el cónyuge que se estima injuriado, de que un hecho en primer lugar es injuria y, en segundo, que trae como consecuencia que la vida conyugal sea imposible.

En los divorcios verdaderamente simulados que se presentan en México, se confiesan estas injurias graves, y se cree que ante la confesión que va a hacer el demandado, (que se sabe que la hará debido al previo acuerdo, cuando no quieran recurrir al divorcio voluntario para no garantizar pensión de alimentos a los hijos), el juez tendrá que decretar el divorcio, porque el demandado confiesa la injuria grave. Tal proceder es infundado, porque entonces queda a la determinación de los cónyuges que hubo injuria, que fue grave y que por lo tanto hizo imposible la vida conyugal, privando al juez de su facultad de estimar la gravedad de la misma, y como es una función de evidente orden público, a pesar de que se confiese la demanda de divorcio, el juez podrá perfectamente establecer que no quedó debidamente probada la acción, porque desde que se presentó la demanda no se señalaron los elementos necesarios para poder calificar la injuria misma, y en tal virtud, la causa resultó insuficiente.

9.—*Acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro.*— La fracción XIII del artículo 267 estatuye como causa de divorcio. la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. En el Código Civil de 1884 también se reconoció esta causa de divorcio, pero bastaba con que hubiese una acusación calumniosa de un cónyuge contra el otro, aun cuando fuera por un delito que tuviese cualquier pena. En cambio, el Código Civil vigente exige que la acusación sea grave, por imputar calumniosamente un cónyuge al otro, un delito que merezca una pena mayor de dos años de prisión.

Estamos en presencia de una causal que sí requiere previamente que se siga el juicio penal, se pronuncie sentencia y se declare inocente al cónyuge acusado por el delito que le imputó al otro cónyuge. Si en esa sentencia se establece que el acusado es inocente de un delito que merecía una pena de prisión mayor de dos años, entonces el cónyuge calumniado tendrá ya comprobada plenamente su causa de divorcio; pero se requiere que la sentencia penal que declare su inocencia, cause ejecutoria.

Ricardo Couto, *ob. cit.*, t. I, págs. 328 y 329.

10.—*Delito cometido por un cónyuge en contra de tercero.*—En la fracción XIV del Art. 267 se establece también como causa de divorcio haber cometido uno de los cónyuges, un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años. Evidentemente que también en esta causa, hasta en tanto no haya sentencia ejecutoriada que imponga al cónyuge que cometiere el delito una pena mayor de dos años de prisión, no se podrá configurar la causa de divorcio que la ley otorga al otro cónyuge, pero siempre y cuando el delito no sea político y resulte infamante.

11.—*Cometer un cónyuge contra el otro un acto que sería delito, si se tratara de un extraño.*—Por último, la fracción XVI señala también como causa de divorcio, cometer un cónyuge contra la persona o los bienes de otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión. Aquí el Código Civil se refiere al caso previsto por el Código Penal de 1871, en el que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aun cuando penalmente no hubiera robo, para los efectos del divorcio, si ese robo por su cuantía, tratándose de una persona extraña, fuere sancionable con más de un año de prisión, sí constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba demostrando el propio legisla-

dor, cuando elaboró esta causal en 1928, fecha en que se promulgó el Código Civil vigente, que el delito debería apreciarse por el juez civil, para los efectos exclusivamente del divorcio, por cuanto que no había conforme al Código Penal el delito de robo entre consortes. En los demás casos, por ejemplo, lesiones entre cónyuges, sí implicaban un delito para los efectos del Código Penal, y, por consiguiente, ya no estaban regulados por esa fracción XVI sino por la XIV. En la actualidad, ya el Código Penal vigente no exceptúa el caso que sí admitía el de 1871, o sea el de que no había robo entre consortes, y como conforme a este Código, sí hay delito si el ofendido se querella, ya no es aplicable la fracción XVI, que en rigor ha perdido toda posibilidad de ser aplicada, ya que tendremos que referirnos al delito que cometiera un cónyuge contra el otro, en los términos de la fracción XIV, para el caso de que este delito tenga una pena superior a dos años de prisión.

12.—*Dar a luz un hijo concebido antes del matrimonio.*—La fracción II del artículo 267 comprende como causa de divorcio el hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese acto y que judicialmente sea declarado ilegítimo. Evidentemente no hay delito alguno en que la mujer oculte a su futuro marido, que se encuentra embarazada respecto de un hijo de quien no es padre éste; pero sí hay un grave hecho inmoral, porque ello demuestra una deslealtad absoluta, tanto antes del matrimonio, como en el momento de celebrarlo, y esta deslealtad de la mujer, de no revelar a su futuro marido que se encuentra encinta, y que evidentemente implica además una injuria, es la que se sanciona como causa de divorcio. Se ha discutido en la doctrina si existe una injuria, por cuanto que va a resultar deshonra para el marido y a través de ese silencio de la mujer lo ofende gravemente, exponiéndolo hasta a la burla y desprecio de los demás. Laurent, por ejemplo, considera que no debe ser causa de divorcio, porque la injuria debe ser durante la vida matrimonial, y en este caso, la ley se refiere a un acto anterior al matrimonio. En cambio, la mayoría de los autores piensan que independientemente la conducta inmoral de la mujer, también existe una injuria que se causa al marido en el momento mismo de celebrar el matrimonio, porque sí es verdad que el hecho de concebir a un hijo no es una falta posterior al matrimonio, en el momento de celebrarse éste, sí se comete una injuria por omisión, al no informarle de su estado. En el derecho mexicano carece de importancia este problema de clasificación. No estamos en el derecho francés, o en el derecho belga, en donde hace la interpretación Laurent, pues como hemos explicado, al no existir cau-

sales específicas como la que estamos analizando, es necesario referirse siempre a una injuria grave que sí está prevista como causal general de divorcio. De ahí el empeño de los juristas franceses o belgas que tienen el mismo sistema, de encontrar una injuria en hechos que conforme a un sistema como el nuestro, son causas específicas de divorcio.

Ricardo Couto, *ob. cit.*, t. I, págs. 316 y 317.

13.—*Propuesta del marido para prostituir a su mujer.*—El mismo artículo 267, frac. III, puede comprender, según ya explicamos, el delito de lenocinio, cuando el marido explota el cuerpo de su mujer, o bien, el hecho inmoral que consista en la propuesta del marido para prostituir a su mujer y que ésta rechaza. Dice así esta fracción, que ya hemos estudiado: "La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer".

Couto, *ob. cit.*, t. I, pág. 318.

14.—*Corrupción de los hijos.*—En la frac. IV se comprenden también los actos ejecutados por el marido o por la mujer, para corromper a los hijos, o la tolerancia en su corrupción. Como también ya explicamos, estos actos pueden llegar a constituir el delito especial de corrupción de menores o bien, el hecho inmoral de corromper a un menor de edad, o a un mayor de veintiún años.

15.—*Separación injustificada de la casa conyugal.*—Además de estas causales que implican hechos inmorales, mencionamos también los estados contrarios al estado matrimonial, que pueden implicar actos imputables a un cónyuge, o bien, no imputables, pero que rompen la vida matrimonial, de tal manera que al cesar esa vida en común por cierto tiempo, se permite el divorcio, no obstante que no haya una culpa o hecho imputable a uno de los cónyuges.

La frac. VIII comprende la separación de la casa conyugal por más de seis meses, sin causa justificada, es decir, un hecho imputable. Esta separación no significa necesariamente abandono de todas las obligaciones conyugales. El Código Civil, a diferencia de otras legislaciones, no nos dice abandono de un cónyuge por el otro, por más de seis meses, sin causa justificada, sino separación de la casa conyugal, sin tener causa. Es frecuente que el marido se separe de la casa conyugal sin causa justi-

ficada y siga cumpliendo su obligación alimentaria. No hay abandono de cónyuge en el sentido de cometer el delito específico de dejarlo sin medios para subsistir y, por lo tanto, no se tipificará la causal de divorcio que conforme a una determinada legislación, requiera el abandono del cónyuge y que también está prevista por la fracción XIV de nuestro artículo 267.

Al efecto estatuyen los artículos 336 y 337 del Código Penal:

336.—"Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia".

337.—"El delito de abandono de hogar sólo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores, la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el juez de la causa designe un tutor especial para los efectos de este artículo".

16.—*Separación justificada de la casa conyugal por más de un año.*— La fracción VIII del artículo 267, simplemente requiere que se demuestre el hecho objetivo de la separación de la casa conyugal y que no se pruebe por el demandado a quien se señala como cónyuge culpable, que tuvo motivo justificado para separarse.

Es motivo justificado para separarse, el que el otro cónyuge hubiere dado causa de divorcio; pero entonces, en relación con la fracción IX, debe entablarse la demanda de divorcio dentro del año, a partir de la separación, porque de lo contrario, es jurídico interpretar que, al pasar los seis primeros meses, quedó perdonada la causa de divorcio que se tuvo para separarse y comienza a correr el término de seis meses de separación injustificada. De ahí la posibilidad de que el cónyuge que dio causa para que el otro se separara, si éste se sapara y no entabla su demanda dentro del año, pueda el que motivó aquella causa, presentar a su vez demanda de divorcio. Dice la fracción IX: "La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para originar el divorcio, si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio".

Respecto de la separación injustificada de la casa conyugal, conviene insistir en su diferencia con el abandono de las obligaciones conyugales, y ello porque ha habido la tendencia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de confundir en ocasiones esta causal de divorcio que en nuestro derecho sólo se configura al separarse un cónyuge injustificadamente de la casa conyugal por más de seis meses, con el abandono del cónyuge, al grado de que llegó la Suprema Corte de Justicia a consi-

derar en algunas ejecutorias, que no se presentaba esta causa cuando se cumplían las otras obligaciones impuestas por el matrimonio, especialmente la de dar alimentos, lo que motivó que en realidad se autorizara en estas ejecutorias un estado contrario a la vida conyugal, desentendiéndose en realidad de la finalidad del precepto, y también olvidando que tenemos una causa específica de divorcio, la comprendida en la fracción XII, consistente en la negativa de los cónyuges de darse alimentos, cuando haya una imposibilidad para poder embargar bienes del cónyuge deudor.

Evidentemente que la ley al referirse en la fracción VIII a la separación injustificada de la casa conyugal, toma en cuenta que se falta al cumplimiento de la obligación más importante en el matrimonio. La obligación que podríamos decir que es fundante, para derivar las otras, o sea la de hacer vida en común, la de vivir bajo el mismo techo, que permite realizar el estado matrimonial, es decir, este modo de vida que sólo puede llevarse a cabo y cumplirse cuando ambos consortes viven juntos. Se trata de la obligación fundante, por cuanto que si no hay vida en común, no se pueden cumplir los otros fines naturales del matrimonio para constituir la familia, para que si hay hijos, pueda ejercerse convenientemente la patria potestad por ambos padres. Para que exista la ayuda mutua, no sólo en lo que se refiere a alimentos, sino también la ayuda de carácter moral, espiritual, que la ley supone entre los consortes. A su vez, la obligación de fidelidad y el débito carnal, cuando las condiciones fisiológicas de los consortes lo permiten, necesariamente se basan en la vida en común. De otra manera serían verdaderas situaciones anormales. Por esto no es verdad que deje de existir la causa de divorcio a que se refiere la citada fracción VIII, por el solo hecho de que se llegase a observar fidelidad, y ambos cónyuges, por consiguiente, no cometieren adulterio, pero viviesen separados.

Couto, *ob. cit.*, t. I, págs. 320 y 321.

Tesis número 2, página 4 de la última compilación de jurisprudencia, publicadas en el último apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en 1955.

"Es causa de divorcio el abandono del domicilio conyugal, por más de seis meses continuos, cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue dicho abandono".

17.—*Declaración de ausencia o de presunción de muerte.*—En la fracción X se dispone que es causa de divorcio la declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción

en que no se necesita que se haga la declaración de ausencia. Lo que viene a demostrar que aún en los casos en que la ausencia no sea imputable al cónyuge ausente, da causa de divorcio al otro cónyuge, precisamente porque ya no se realizan los fines naturales del matrimonio, por haberse roto la vida en común, y porque para la ley no puede existir un matrimonio en esa situación anómala. Se distingue entre la declaración de ausencia y la presunción de muerte del ausente. Como sólo en ciertos casos, cuando la ausencia se debe a circunstancias especiales, como la inundación, el naufragio, el incendio, no se requiere que se lleve a cabo la declaratoria de ausencia, sino que por el solo transcurso de dos años se puede ya declarar la presunción de muerte del ausente, habrá causa de divorcio, aún sin necesidad de que se haya declarado la ausencia. En cambio, cuando la ausencia no se deba a esas causas, tiene primero que hacerse la declaración de ausencia, y después vendrá la correspondiente de presunción de muerte. Bastará con que se llegue a declarar la ausencia, para que conforme a la fracción X exista ya la causa de divorcio.

18.—*Negativa de un cónyuge para dar alimentos al otro.*—En la fracción XII se estatuye que es causa de divorcio la negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no se puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166. Es decir, en principio el incumplimiento de esta obligación que es necesaria al estado matrimonial, no es causa de divorcio, si hay la posibilidad de que el cónyuge acreedor pueda embargar bienes para que el cónyuge deudor cumpla con su obligación alimentaria; sólo que exista esa imposibilidad, habrá causa de divorcio. Pero aquí tenemos que distinguir la causa por la cual exista esa imposibilidad, pues la ley no se refiere a que un cónyuge carezca de bienes y, por lo tanto, el otro esté imposibilitado de embargarlos, porque entonces, si un cónyuge careciere de bienes, no tendría la obligación de dar alimentos al otro. Siempre la obligación de dar alimentos supone la posibilidad económica del cónyuge deudor y la necesidad del cónyuge acreedor; debiendo los alimentos estar proporcionados justamente a esa posibilidad económica del que deba darlos y a la necesidad del que deba recibirlos. En el artículo 311 se dispone: "Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos". A su vez, el artículo 320 dice: "Cesa la obligación de dar alimentos: I.—Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla".

Ahora bien, la causal del divorcio, para que pueda justificarse, deberá intentarse en condiciones tales que se demuestre que no ha sido posible asegurar los ingresos o percepciones del cónyuge deudor.

Tesis 87, página 185, de la última Compilación de Jurisprudencia publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación del año de 1955:

"Alimentos, falta de ministración de los, como causa de divorcio.—Para que prospere la causal de divorcio a que se refiere la fracción XII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, no basta demostrar la falta de ministración de los alimentos, sino que es necesario justificar que no pudieron hacerse efectivos los derechos que conceden los artículos 165 y 166 del mismo Código"

Independientemente de esta causa de divorcio, se puede cometer el delito de abandono de cónyuge, y en su caso abandono de hijos menores, por dejarlos en circunstancias tales que peligre su existencia, careciendo absolutamente de alimentos para vivir. Esta causa de divorcio viene a demostrar que es totalmente independiente de la separación injustificada de la casa conyugal, y que por lo tanto, no estuvo dentro de las finalidades de la fracción VIII del artículo 267, el de requerir, además de la separación de la casa, que exista el incumplimiento de la obligación de alimentos. Se trata de obligaciones conyugales diferentes, cuyo incumplimiento en las condiciones ya explicadas, tipificarán causas de divorcio también autónomas.

19.—*Enfermedades que son causas de divorcio.*—Otro grupo de causas que originan el divorcio, se refieren a las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias. También se comprende la impotencia incurable para la cópula que sobrevenga después del matrimonio, y la locura incurable, para cuyo efecto se requerirá que transcurra el término de dos años, a fin de que se confirme el diagnóstico respecto de la misma.

Dicen sobre este grupo de enfermedades las fracciones VI y VII: "Son causas de divorcio: Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica e incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio". "Padecer enajenación mental incurable". Y el 261 agrega: "Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad".

Para el estudio de estas causas de divorcio, conviene hacer las distinciones siguientes: evidentemente se desprende del texto de la fracción VI, que la idea fundamental es que la enfermedad sea crónica e incurable, contagiosa o hereditaria. Es decir, debe reunir tres requisitos: enfermedad crónica, incurable, contagiosa o hereditaria.

Para la impotencia incurable, se requiere por el artículo 267, fracción VI, que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. En cambio, la impotencia incurable que exista antes del matrimonio, es un impedimento que origina la nulidad relativa del mismo; que debe pedirse dentro del término de sesenta días de celebrado el matrimonio, y que si no se ejercita, ya no podrá después ni invocarse como nulidad, ni tampoco como causa de divorcio, dando por resultado que por no hacerse valer esa impotencia incurable para la cópula y anterior al matrimonio, dentro del término de sesenta días, se convalide éste y, además, no sea causa de divorcio. La fracción VIII del artículo 156 nos dice: "Son impedimentos para celebrar el matrimonio, la embriaguez habitual, la morfinomanía, la heteromanía, y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes, la impotencia incurable, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias."

La ley no distingue si la impotencia debe ser motivada por la edad o por alguna otra causa. Nuevamente, dentro de una interpretación literal, llegaríamos al absurdo de que la impotencia que sobrevenga por razón de la edad, permitiría a la mujer solicitar el divorcio, cuando evidentemente, después de muchos años de casada y de que ha tenido hijos, por ningún motivo ese matrimonio debería disolverse. Por esto la impotencia incurable para la cópula que sobrevenga después del matrimonio, debe entenderse como una enfermedad que impida la relación sexual, no por virtud de haber llegado a una cierta edad. Más aún, la ley no señala límite de edad para celebrar el matrimonio, siendo perfectamente válido el matrimonio entre ancianos. Parte de una edad mínima: el haber llegado a la edad de la pubertad (catorce años en la mujer y dieciséis en el hombre); pero no fija una edad máxima, lo que está demostrado también que no puede ser la impotencia por razón de la edad una causa de divorcio, por cuanto que no es tampoco un impedimento para celebrar el matrimonio. Sería contradictoria la ley, si por una parte permite el matrimonio entre ancianos, no obstante la impotencia del marido, siendo, por consiguiente, al permitirlo, perfectamente válido y, por otra, estatuyera que cuando durante un matrimonio, por razón de la edad, llegara un momento en que el marido fuera impotente, la esposa pudiese exigir el divorcio.

Además, hay una impropiedad en la ley al hablar de ambos cónyuges, pues no es posible hablar de impotencia respecto de la mujer. En verdad, esta causal de divorcio se debe referir exclusivamente al marido. Es discutible si casos de deformación o anormalidad sexual, deban en

realidad considerarse, por lo que se refiere a la mujer, como casos de impotencia. En la ejecutoria que pronunció la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, el 8 de junio de 1961, en el amparo D. 4663/59/1ª, se sostuvo que también existe impotencia incurable para la cópula en la mujer, cuando haya obstáculos bulbares o vaginales. En lo que se refiere al hombre, podrá motivarse la impotencia por esas causas, y entonces, sólo se presentarán como impedimentos para celebrar el matrimonio, no como causas de divorcio, porque si hubiese esa deformación o anormalidad sexual, existiría antes del matrimonio y no sobrevendría durante la vida matrimonial.

Para las causas que implican delito, hecho inmoral o incumplimiento de obligaciones conyugales, el término de caducidad de seis meses se concede para que se haga valer la acción de divorcio. La ley presume perdonada la falta, por grave que sea, si no se entabla la demanda dentro del término de seis meses, y se extingue la acción de divorcio por el perdón bien expreso, bien tácito. Tratándose de enfermedades, no podemos considerar que hay un hecho imputable, que hay una culpa susceptible de perdón. Ni podemos interpretar tampoco que por el transcurso de seis meses se pudiera extinguir la acción de divorcio en función del perdón. Es decir, desde un punto de vista racional, el término de caducidad no debe operar. En el Código anterior se requería, además, que la enfermedad fuese desconocida por el cónyuge sano; el Código vigente no exige ese requisito, y es que aquél partía de una idea falsa de esta causal. Explica, por ejemplo, Ricardo Couto, en su obra *Derecho Civil Mexicano,* en relación con el Código anterior, que la razón de ser de esta causal consistía en la ofensa que recibía el cónyuge sano, generalmente por ocultársele la enfermedad, lo que además del peligro, si era contagiosa, o si era hereditaria, la posibilidad de transmitirla a los hijos, implicaba una abierta deslealtad en el cónyuge enfermo para engañar al sano, y que por esto, cuando éste conocía la enfermedad y celebraba el matrimonio, no podía ya después considerarse engañado, para poder exigir la separación de cuerpos.

Ricardo Couto, *Derecho Civil Mexicano, De las Personas,* México, 1919, t. I, págs. 331 a la 334.

El Código vigente parte de una noción completamente distinta. No es en virtud de la ofensa, de la deslealtad, del engaño, lo que funda la causal del divorcio, ni tampoco puede admitirse que el cónyuge sano acepte celebrar matrimonio con un enfermo, bien con padecimiento contagioso para correr el riesgo de contraerlo, o bien para transmitirlo a sus

hijos, si fuese hereditario, sino que conózcase o no, hay una razón de evidente interés público para proteger la especie y evitar el contagio; razón de salubridad pública indiscutible, sobre todo para impedir la transmisión hereditaria. De manera que es totalmente inoperante, inocua la voluntad del cónyuge sano para celebrar matrimonio con el enfermo, sin que pueda convalidar el matrimonio, pudiendo hacer valer la nulidad dentro del término de sesenta días. O si no se hizo valer, justamente por esas razones de evidente orden público, de protección de la salud, se mantiene viva la acción, a diferencia de la impotencia, para que en todo tiempo, mientras subsista la enfermedad, se pueda ejercitar la acción de divorcio. Se discutía por los autores que como Verdugo y Couto comentaron el Código de 1884, si debería ocultarse la enfermedad para que fuera causa de divorcio. En realidad, el Código de 1884 simplemente requería que el cónyuge sano desconociera la enfermedad. Luego, a contrario sensu, si la conocía, ya no podía pedir su divorcio; pero nada decía el Código anterior respecto a que el cónyuge enfermo conociera, o bien, ocultara la enfermedad. Según Verdugo, era necesario que el cónyuge enfermo conociera su enfermedad y procediera con engaño, con deslealtad y en función de ello se establecía el divorcio. En realidad, no creemos que esta interpretación pudiera derivarse del Código anterior.

20.—*Vicios que son causas de divorcio.*—Además de este tipo de enfermedades que constituyen el divorcio que hemos llamado remedio, en oposición al divorcio sanción (cuando existan delitos, hechos inmorales, actos contrarios al estado matrimonial, o incumplimiento de obligaciones conyugales), tenemos otro grupo de causales que no deben considerarse como formas del divorcio remedio. Nos referimos a los vicios del juego, de la embriaguez, o al uso excesivo de drogas enervantes. No se está en la misma hipótesis de las enfermedades, ya aquí estamos en una categoría de causales de divorcio por vicios, que implican indiscutiblemente hechos ilícitos, hechos imputables, en donde hay culpabilidad, y que separamos de los delitos o de los hechos inmorales, por la fisonomía especial que presentan, pero que de ninguna manera podemos equiparar con las enfermedades en donde sólo existe el divorcio como un remedio, y tan es así: que el Código Civil vigente permite que en el caso de enfermedades, el cónyuge sano pueda tener la acción de divorcio vincular, o la acción de separación de cuerpos, único caso en que según el artículo 277, se mantiene aquella institución regulada en los códigos anteriores y que sólo traía como consecuencia la separación de los consortes en cuanto a la vida en común bajo el mismo techo. Dice

sobre el particular este artículo 277: El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, es decir, enfermedades, incluyendo además impotencia y locura incurables, podrá sin embargo solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge; y el juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA 1965

21.—"*Divorcio, abandono del domicilio conyugal como causal de.*— La causal de divorcio consistente en el abandono o separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, se refiere a un lapso continuo y es de tracto sucesivo o de realización continua, por lo que la acción no caduca y puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el abandono, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita". (Tesis 148 de la última compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 480).

22.—"*Divorcio, abandono del domicilio conyugal como causal de. Confesión calificada.*—Si al admitir la separación de la casa conyugal se agrega un hecho, motivo o razón de la causa que la determinó, coetáneo de aquélla, conexo e inseparable, de tal suerte que al separarse cambie su naturaleza, como cuando la mujer dice: "no abandoné la casa, sino fui echada de ella", "no abandoné la casa, sino salí de viaje con el consentimiento de mi marido", "fui conducida a la casa de los familiares de mi marido", la confesión resulta indivisible y debe tomarse en su integridad o desestimarse como prueba favorable de la acción". (Tesis 149 de la compilación de 1965 ya citada, cuarta parte, págs. 484).

23.—"*Divorcio. Abandono del domicilio conyugal cuando los cónyuges viven en calidad de arrimados.*—Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar y éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio". (Tesis 150 de la compilación de 1965 ya citada, cuarta parte, pág. 484).

24.—"*Divorcio, acusación calumniosa como causal de.*—Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario

que ésta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el juez civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común". (Tesis 151 de la compilación de 1965 ya citada, cuarta parte, pág. 487).

25.—"*Divorcio, adulterio como causal de.*—Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable". (Tesis 152 de la compilación de 1965 ya citada, cuarta parte, pág. 152).

26.—"*Divorcio, autonomía de las causales.*—La enumeración de las causales de divorcio que hacen el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, y los códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón". (Tesis 153 de la compilación de 1965 ya citada, cuarta parte, pág. 492).

27.—"*Divorcio, causales de, que se excluyen.*—En el juicio de divorcio es improcedente ejercitar la acción fundada en las causales previstas en las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, por excluirse recíprocamente, pues los hechos que les sirven de base se oponen en forma tal, que si alguno es cierto el otro tiene que ser falso. En efecto, la separación de la casa conyugal no puede ser justificada e injustificada al mismo tiempo; pero la irregularidad de alegar estas dos causas de divorcio no produce su anulación procesal, sino que da lugar, aplicando por evidente analogía la tesis adoptada por la Suprema Corte de Justicia sobre acciones contrarias o contradictorias, a que el juez requiera al actor para que manifieste cuál de las causales es la que prefiere seguir sosteniendo, y cuando ello no sucede determinar la causal en que los contendientes concentraron el debate. (Tesis 155 de la compilación de 1965 ya citada, cuarta parte, pág. 498).

28.—"*Divorcio. Concepto de injuria.*—Para los efectos del divorcio por la causal de injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de

ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el juez al dictar la sentencia de divorcio. En la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la ley en forma casuística, por lo que pueden constituir injuria: la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que se profieren o ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido". (Tesis 156 de la última compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 499).

29.—"*Divorcio, injurias graves como causal de.*—Tratándose de juicios de divorcio, por causa de injurias graves que hacen imposible la vida conyugal, el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador, la certeza de la existencia de un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos, que ha roto, de hecho, el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial. El profundo y radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de uno de ellos, incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio, es el índice que fija racionalmente el ánimo del juzgador". (Tesis 161 de la última compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 513).

30.—"*Divorcio, injurias graves como causal de.*—Si los testigos presentados por el actor en un juicio de divorcio, no expresaron las palabras constitutivas de las injurias imputadas a la demandada, la autoridad sentenciadora estaba imposibilitada para juzgar de la gravedad de tales injurias y, por ende, para considerar justificada la causal de divorcio de que se trata". (Tesis 162 de la compilación citada, cuarta parte, pág. 514).

31.—"*Divorcio, injurias graves como causal de. Deben expresarse en la demanda los hechos en que consisten y el lugar y tiempo en que acontecieron.*—Para que proceda la causal de divorcio por injurias graves, es indispensable que se expongan en la demanda los hechos en que consisten y el lugar y tiempo en que acontecieron para que el demandado pueda defenderse y el juzgador pueda hacer la calificación de su gravedad, la que deberá ser de tal naturaleza que haga imposible la vida conyugal". (Tesis 164 de la compilación citada, cuarta parte, pág. 515).

CAPITULO V

CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO

1.—*Enumeración de características.*—Las características de la acción de divorcio, son las siguientes: 1. Es una acción sujeta a caducidad. 2. Es personalísima. 3. Se extingue por reconciliación o perdón. 4. Es susceptible de renuncia y de desistimiento. 5. Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, bien antes de ser ejercitada o durante el juicio.

"El Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales de México invoca, como motivos que extinguen la acción de divorcio, la prescripción, que fija en seis meses, desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho (art. 278); el perdón expreso o tácito (art. 279); la reconciliación de los consortes (art. 280), y la renuncia o desistimiento de la acción, sin que pueda ya volver a solicitar el renunciante el divorcio, fundado en los mismos hechos.

De todas estas causas extintivas, la que requiere un breve examen, a la luz de la legislación comparada, es la concerniente a la prescripción.

Como ya hemos visto, el Código mexicano para el Distrito y Territorios Federales, la establece simplemente, marcando el plazo de seis meses, a contar desde el momento en que el cónyuge asistido de la acción tuvo conocimiento del hecho que le da origen.

Tanto el Código Civil alemán, como el suizo siguen sistema diferente, y fijan una prescripción doble que conviene estudiar, comenzando por el Código alemán, que la consigna con caracteres bastante más claros y generales.

En efecto, dicho Código señala en su artículo 1571, cuando se trata de acción fundada en causa culpable, y según acabamos de indicar, dos clases de prescripciones: una de seis meses, que se cuenta desde que el asistido de la acción tuvo conocimiento del hecho en que se funda; y otra de diez años, a contar desde el momento en que el hecho se realizó, aunque no lo haya conocido el titular de la acción". (Luis Fernández Clérigo, *ob. cit.*, págs. 140 y 141).

2.—*Caducidad de la acción de divorcio.*—Por caducidad se entiende en el derecho la extinción de una acción, de una facultad jurídica o de una obligación, por el transcurso del tiempo que determine la ley, sin que se pueda evitar esa extinción, interrumpiendo el plazo o suspendiéndolo. La caducidad se caracteriza, por consiguiente, por la extinción fatal, necesaria o inevitable de la acción, del derecho o de la obligación, por el solo transcurso del tiempo; de tal manera que para evitar que se extinga la situación jurídica sujeta a caducidad, no queda otra posibilidad que hacer valer respectivamente el derecho o la acción. Si no se lleva

a cabo el acto de ejercicio, por la lógica misma del sistema jurídico, y de manera irremediable, fatal, tendría que extinguirse la acción, el derecho o en su caso la obligación.

En cambio, la prescripción es una forma de extinguir acciones, derechos u obligaciones por el transcurso del tiempo; pero se pueden interrumpir o en su caso suspender los plazos de prescripción que señale la ley. En consecuencia, la prescripción no traerá consigo de manera fatal e ineludible la extinción de las situaciones jurídicas, porque habrá siempre la posibilidad de interrumpir los plazos señalados por la ley o de suspenderlos en ciertos casos.

No todas las acciones de divorcio están sujetas a caducidad, porque ello dependerá de la naturaleza de la acción de que se trate. Desde luego tendremos que distinguir acciones de divorcio que implican causas de tracto sucesivo, y acciones que implican causas de realización momentánea. Cuando la causa es de tracto sucesivo, quiere decir que día a día se comete el acto que da motivo al divorcio y, por lo tanto, no puede correr un término de seis meses tomando en cuenta los primeros actos que originaron esa causa, supuesto que vienen en seguida otros en los que se reincide en la misma falta que da origen al divorcio; o bien, en la misma situación, aun cuando no implique una falta, como las enfermedades crónicas e incurables, que sean contagiosas o hereditarias.

Son causas de tracto sucesivo el abandono injustificado del domicilio conyugal por más de seis meses, la ausencia, las enfermedades que hemos mencionado, la locura incurable y la impotencia para la cópula.

En cambio, las causas de realización momentánea, que no implican un estado, una situación que se prolonga en el tiempo, sino que se realizan en un momento dado, por ejemplo, injurias, adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, o la corrupción de los hijos, evidentemente que sí pueden definirse en el tiempo. Pero se toma en cuenta no el momento en que realmente sucedieron los hechos, sino el momento en que el cónyuge inocente tenga conocimiento de los mismos. Podrá transcurrir un largo plazo para conocer el adulterio, pero a partir del momento en que se conozca, corre el término de seis meses de caducidad.

El Código Civil hace una afirmación absoluta, como si todas las causas de divorcio fuesen en realidad suceptibles de caducidad. Al efecto, el artículo 278 dice textualmente: "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda". Una interpretación simplemente literal de este precepto, podría llevarnos a considerar que incluso en los hechos de tracto sucesivo, cuando el cónyuge que no haya dado causa al divorcio,

conozca estos hechos, por ejemplo, la enfermedad incurable, la impotencia, el abandono injustificado de la casa conyugal, comenzará a computarse el término de caducidad de seis meses. Pero frente a esta simple interpretación que podría desprenderse de la parte final del artículo 268, referida al simple conocimiento de los hechos, debe prevalecer la naturaleza de la causa de divorcio, para considerar que si se siguen repitiendo estos hechos, mientras se mantenga esa situación, que según el legislador es bastante para disolver el matrimonio, la acción de divorcio debe permanecer viva y, por lo tanto, no debe extinguirse.

Luis Fernández Clérigo, *ob. cit.*, pág. 142.
Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia,* traducción de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas, volumen I, Bosch, Barcelona, pág. 229.

3.—*Carácter personalísimo de la acción de divorcio.*—Se entiende por acción personalísima aquella que sólo puede intentarse exclusivamente por la persona facultada por la ley. En cambio, las acciones que no son personalísimas, pueden intentarse por los herederos y en ciertos casos por los acreedores, siendo susceptibles de una representación cuando exista incapacidad por minoría de edad o por enajenación mental. La acción de divorcio es personalísima, porque no puede ser intentada por los herederos.

Tampoco los acreedores podrán substituirse al cónyuge inocente por el interés pecuniario que tuvieren para intentar la acción. En el derecho se permite en ciertos casos, cuando un deudor no ejercita sus acciones y ello perjudica a sus acreedores, cuando las mismas puedan extinguirse, debido a su inactividad, que el acreedor se substituya a su deudor para hacer valer las acciones respectivas.

Una comparación de las diversas legislaciones nos permite establecer como principio general, que el cónyuge menor de edad sí puede hacer valer directamente la acción de divorcio sin necesidad de ser asistido por los que ejercieron la patria potestad, o por el tutor, ya que su matrimonio produjo de pleno derecho la emancipación y, además, porque se considera que se trata de una decisión estrictamente íntima, personal, que no deben ni pueden asumirla los que antes ejercieron la patria potestad o el tutor. También respecto del cónyuge mayor de edad incapacitado por enajenación mental, idiotismo, imbecilidad, o por la afectación de sus facultades mentales debido al uso excesivo de drogas enervantes o embriaguez consuetudinaria, se niega en la mayoría de los derechos positi-

vos que pueda un tutor especial, que al efecto se nombrare, intentar la acción de divorcio. En Bélgica expresamente la ley no permite en los casos de enajenación mental que pueda la acción deducirse a través del tutor. En Francia se suprimió un inciso del proyecto de la ley de 1886 que permitía que mediante un tutor especial, el cónyuge inocente que se encontrare en estado de incapacidad, pudiere hacer valer la acción de divorcio, y es justamente a partir de esa supresión, como sólo se permite al tutor que pueda pedir la separación de cuerpos; no la disolución del vínculo, tomando en cuenta que es una decisión estrictamente personal; pero dada su incapacidad tampoco podrá hacerlo y, en consecuencia, el tutor sólo podría lograr la separación de cuerpos, quedando subsistente el matrimonio.

Planiol, *ob. cit.*, págs. 36 y 37.

La solución que para estos problemas da nuestro derecho positivo, es radicalmente distinta. No tenemos duda alguna ante textos expresos que no estatuyen excepción para el caso de divorcio, por lo que ve al menor. Como al matrimonio de éste produce de pleno derecho su emancipación, ya hemos explicado para el divorcio voluntario y lo mismo rige para el necesario, que tendrá personalmente que hacer valer la acción, pero asistido de un tutor especial. El artículo 643 del Código Civil vigente, sin hacer distinción alguna para el divorcio, dispone que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita, durante su menor edad, fracción III, de un tutor para los negocios judiciales. El Código de Procedimientos Civiles, al tratar del divorcio voluntario, en el artículo 677 aplica esta disposición general del Código Civil para que el cónyuge menor de edad esté asistido de un tutor especial. En consecuencia, el problema en nuestro derecho sólo se va a referir a la función de ese tutor especial. Ahora bien, no se trata de un caso de representación, sino de un fenómeno de asistencia.

En la asistencia, que es la que se presenta justamente en los casos del menor emancipado, cuando el tutor asiste a éste, para hacer valer la acción en juicio o para comparecer en él como demandado, no es la voluntad del tutor la que substituye a la del menor emancipado, sino que simplemente lo aconseja, lo dirige, lo asesora. Por lo tanto, la decisión en principio tiene que existir del menor emancipado y el juez deberá interrogar a éste para que manifieste si es su libre voluntad ejercitar la acción de divorcio. O bien, en el divorcio voluntario, si ha tomado por su propia cuenta esa determinación. Por esto, tanto la demanda de divorcio voluntario, como la del necesario, tendrá que ser firmada por el

menor emancipado, y si no supiere firmar, deberá imprimir su huella digital y ratificar el contenido de la demanda, reconociendo su huella ante el juez.

Para el otro problema, o sea el relativo a la interdicción del cónyuge inocente, en nuestro derecho no tenemos prohibición o excepción alguna para que dentro de las reglas generales de la tutela, no pudiera el tutor intentar la acción de divorcio en representación de ese cónyuge inocente. Aquí ya estamos en un caso, no de asistencia, sino de verdadera representación jurídica. La incapacidad del mayor de edad, por locura, idiotismo, imbecilidad, uso excesivo de drogas enervantes o embriaguez consuetudinaria, trae consigo la necesidad de una representación total a través del tutor, y como no tenemos norma que establezca alguna modalidad o excepción, simplemente aplicaremos las disposiciones generales en materia de tutela. Podrá en consecuencia el tutor del incapacitado hacer valer la acción de divorcio, de lo contrario, nuestro Código Civil hubiera establecido que en todos aquellos casos en que el cónyuge inocente se encontrare incapacitado, sólo en el caso de que recobrase su capacidad mental, podría directamente ejercitar la acción de divorcio. Frente a la consideración de que la decisión del divorcio debe ser personal y estrictamente subjetiva, en nuestro sistema ha prevalecido la idea de proteger al cónyuge inocente incapacitado, y la protección jurídica se entiende en el sentido de que si conforme a la ley ha habido una causa de divorcio, por ejemplo que sea injuriado, ultrajado, que se cometan delitos en su contra, que haya adulterio, abandono injustificado, etc., evidentemente que la manera de protegerlo será ejercitando las acciones que la ley confiere.

4.—*La acción de divorcio se extingue por reconciliación o por perdón expreso o tácito.*—Los artículos 279 y 280 del Código Civil vigente, respectivamente estatuyen: "Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 puede alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito". "La reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiera sentencia ejecutoria. En este caso, los interesados deberán denunciar la reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación". En la Ley de Relaciones Familiares lo mismo que en el Código de 1884, se contenían los dos preceptos transcritos y, además, el siguiente, que en la citada ley lleva el número 91: "La ley presume la reconciliación cuando después de presentada la demanda de divorcio ha habido cohabitación entre los cónyuges". Aun cuando el Código en vigor ya no reproduce este precepto, es evidente, como después veremos, que al reanudarse la vida en común,

bien con trato sexual o sin él, existe evidentemente una presunción de reconciliación para los efectos de dar por terminado el juicio de divorcio.

Ennecerus, Kipp y Wolff, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia,* traducción de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas, volumen I, Bosch, Barcelona, págs. 227 y 228.

Es esencial, obviamente, que haya una causa susceptible de perdón, y que el cónyuge inocente sea ante la misma el que esté conforme en no intentar su acción de divorcio para reanudar la vida conyugal en todas sus manifestaciones externas, y sobre todo, íntimas. Es impropio, como dice el artículo 279, que ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267, puede alegarse cuando haya habido perdón expreso o tácito, porque eso es tanto como afirmar que todas las causas de divorcio son susceptibles de perdón. Solamente lo son, las que constituyen delitos, hechos inmorales, o conducta culposa, y en el artículo 267, hay unas que no implican esos hechos imputables, como son, la locura, las enfermedades crónicas e incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias, y la impotencia incurable para la cópula.

Toma en cuenta la ley, además, la reconciliación, que debe distinguirse del perdón. En la reconciliación, propiamente no hay una causa definida que permita hablar de cónyuge culpable e inocente. Ante una disputa en la que el cónyuge al que se le considera culpable no admita la culpa, y tampoco existan pruebas evidentes de ella, puede el otro cónyuge que se estima subjetivamente inocente, reanudar la vida en común con todas sus manifestaciones y entonces, a pesar de que esté planteada la controversia, de que la demanda de divorcio haya sido negada, de que no existan pruebas que permitiesen al juez concluir sobre la existencia de la causal, siempre y cuando aún no se hubiere dictado sentencia, por ejemplo, aun en el período de alegatos, pueden los cónyuges reconciliarse, reanudando así la vida en común, y por esto decía el Código de 1884 y lo repite la Ley de Relaciones Familiares, que la cohabitación hace presumir la reconciliación.

5.—*La acción de divorcio puede ser objeto de renuncia o de desistimiento.*—Por lo que toca a la renuncia, ya hemos explicado que solamente pueden renunciarse las causas de divorcio ya consumadas; que es imposible jurídicamente renunciar causas de divorcio que pudieran ocurrir en el futuro; que, además, son susceptibles de renuncia todas las causas enumeradas en el artículo 267, exceptuando la locura incurable, las enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas o here-

ditarias, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

Puede también la acción de divorcio ser objeto de desistimiento, lo que implica una renuncia pero de la acción ya intentada. Es decir, la renuncia puede presentar dos formas: antes de que se intente la acción, o una vez intentada. Pero en ambos casos la causa de divorcio ya está consumada. Si una vez conocida la causa de divorcio se manifiesta por el cónyuge inocente que la renuncia, no hay propiamente ni perdón ni reconciliación, simplemente no se ejercita el derecho de exigir el divorcio. Se prescinde de intentar la demanda.

Puede la demanda ya haberse formulado, y estando en trámite el juicio de divorcio es posible que el cónyuge actor se desista de la acción intentada. Pero aquí se presenta un problema muy frecuente en los divorcios. Dice el artículo 281: "El cónyuge que no haya dado causa al divorcio, puede antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, prescindir de sus derechos y obligar al otro a que se reúna con él. En este caso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie". En relación con este precepto se pueden presentar dos casos: 1o. Antes de rendir pruebas, cuando no podrá determinarse si se comprobará o no la acción de divorcio. Entonces sí es perfectamente posible que el cónyuge actor se desista de la acción. 2º Una vez que se rindieron las pruebas y se acreditó la causa del divorcio. También aquí se estará en el caso del artículo 281.

En cambio, no se estará en el caso del artículo 281, cuando habiendo fracasado en la prueba el cónyuge actor, para evitar una sentencia adversa, es decir, que se absuelva al demandado y, por consiguiente que después éste pueda a su vez demandarlo, obteniendo con seguridad sentencia favorable, según el artículo 268, aparenta que se desiste de una acción que ha fracasado. Esto es lo que en realidad sucede en muchos juicios de divorcio en los que después de haberse rendido las pruebas, se comprende por el cónyuge actor que no va a obtener sentencia favorable, y que está expuesto, cuando se pronuncie sentencia en la que no se conceda el divorcio, a que después el otro cónyuge que fue injustamente demandado, promueva a su vez su divorcio con la seguridad de que, conforme al artículo 268, obtendrá sentencia en su favor, con gravísimas consecuencias, por ejemplo, privándole de la patria potestad de los hijos además de los efectos de tipo económico en cuanto a alimentos y donaciones.

Cuando un cónyuge se desiste por ser insuficiente sus pruebas, debe considerarse que ese desistimiento implica la confesión de que su demanda no quedó probada, y entonces, aun cuando no llegue ya a pronunciarse

la sentencia de divorcio, el cónyuge demandado podrá invocar el artículo 268 para razonar de la siguiente manera: indebidamente se le llevó a un juicio e injustamente se le hicieron cargos. Ninguna prueba se rindió, como consta en el expediente respectivo. Pasó todo el término de prueba y en estas condiciones, después de habérsele hecho esas imputaciones calumniosas, hubo un desistimiento de la demanda, lo que ha impedido que se pronuncie sentencia. Como en donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, debe el juez considerar que lo que quiere el legislador es sancionar una demanda de divorcio presentada injustificadamente. Como se ha roto toda posibilidad de armonía conyugal, como el distanciamiento de los cónyuges ha llegado al grado de que se presente una demanda y no se prueben cargos serios que se hagan; el cónyuge injustamente demandado y absuelto, o injustamente demandado, cuando se desistió el actor, debe tener a su vez, aun cuando no se llegue a pronunciar sentencia, la acción de divorcio.

En el caso de que hubiese jueces, como los hay, que sólo creen que los códigos son tratados de gramática y que interpretan las palabras con una ingenuidad vulgar; que se desentienden de las razones profundas que ha tomado en cuenta el legislador, entonces hay que razonarles de la siguiente manera: el haberse presentado una demanda de divorcio que no se probó en manera alguna, supuesto que el expediente respectivo demuestra que no se rindieron pruebas, o que las presentadas resultaron notoriamente insuficientes, o contrarias al actor, debe estimarse la demanda en sí misma como injuria grave, ya que ésta, como causal de divorcio, consiste en toda acción llevada a cabo para despreciar, ofender, ultrajar, desprestigiar o deshonrar, y evidentemente una demanda falsa, presentada en esos términos, sólo debe entenderse que se hizo con alguno de los propósitos mencionados, y entonces, invocando una injuria grave, será conveniente fundar también la demanda que presentase el cónyuge injustamente demandado. En conclusión, en este caso deben aducirse para la demanda de divorcio, dos causales: la prevista por el artículo 268, aplicado por analogía, en relación con el 281; y en todo caso, la comprendida en la fracción XI del artículo 267, que se refiere a las injurias graves. De esta suerte se evitará lo que es muy frecuente en los tribunales, y que ha dado lugar a que el cónyuge injustamente demandado, mal dirigido, se cruce de brazos y no pueda presentar su demanda, no obstante el desprestigio y la injuria de que fue objeto.

6.—*La acción de divorcio se extingue con la muerte de cualesquiera de los cónyuges.*—La quinta característica de la acción de divorcio con-

siste en que se extingue y se da por terminado el juicio en el caso de muerte de cualesquiera de los cónyuges, sin prejuzgar respecto de las consecuencias jurídicas en cuanto al cónyuge inocente o culpable, y sin tomar en cuenta las pruebas que ya se hubiesen rendido, aun cuando de ellas resultare plenamente probada la causa de divorcio. Se parte de la consideración fundamental de que la acción de divorcio tiene por objeto la disolución del vínculo matrimonial. De tal manera que si por la muerte de uno de los cónyuges durante el juicio, ya quedó disuelto el matrimonio, necesariamente el procedimiento debe terminar, porque ya no habrá materia para la sentencia.

Efectivamente, si la materia de la sentencia consistirá en resolver sobre la disolución del matrimonio, y ésta se produjo ya por la muerte de uno de los cónyuges, se considera en los distintos códigos civiles, que el juicio deberá terminar sin que el juez pueda establecer otro tipo de consecuencias en orden a la culpabilidad o no culpabilidad del cónyuge demandado.

Ahora bien, si es verdad que la sentencia de divorcio pierde su materia ante la muerte de cualesquiera de los cónyuges ocurrida durante el juicio, también es cierto que podrían regularse en la ley diferentes consecuencias jurídicas, especialmente en cuanto a las sanciones de carácter patrimonial, para aplicarlas al cónyuge culpable, bien sea que sobreviva al inocente o muera durante el juicio.

No obstante esta posibilidad de referir la sentencia exclusivamente a sancionar al cónyuge culpable, nuestro artículo 290 en el Código Civil vigente, declara en forma terminante: "La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tuvieran si no hubiera existido dicho juicio".

En el caso de muerte de un cónyuge, el otro, cuyo matrimonio quedó disuelto, sí podrá heredar como cónyuge supérstite. Es decir, para los fines de la herencia, es importante que no se haya fallado el divorcio, en virtud de que todo cónyuge supérstite tiene derecho a heredar en la sucesión legítima, como si fuese un hijo. Los hijos y el cónyuge supérstite heredan por partes iguales, sólo que la porción del cónyuge se reduce en la medida de que tenga bienes, para igualar las porciones de los hijos. Supongamos que en lugar de haber muerto el cónyuge culpable antes de que se pronunciara sentencia de divorcio, muriese días después de que ésta se hubiere dictado. Muriendo antes el cónyuge culpable, el inocente lo hereda, porque no se disolvió el matrimonio por divorcio, y entonces aplicamos las normas que dan derecho al cónyuge supérstite a heredar. Pero si el cónyuge culpable muriese después de pronunciada la sentencia

de divorcio, ya el inocente no podría heredar, porque su matrimonio había quedado disuelto antes de la muerte. Ya no podría heredar en calidad de cónyuge supérstite, porque ya había perdido ese carácter, dada la sentencia pronunciada con anterioridad a la muerte del cónyuge culpable. A su vez, si muriese el cónyuge inocente antes de la sentencia, el culpable, no obstante serlo, podría heredar, pues el juez del divorcio ya no pudo disolver el vínculo y, en consecuencia a pesar de su culpabilidad manifiesta, el culpable sí podrá recibir la misma porción que un hjio en la sucesión legítima del cónyuge inocente.

En el caso de que la causa de divorcio fuere un delito, como éste incapacita para heredar, será en función de ese delito como tendría que excluirse al cónyuge culpable para ser heredero en la sucesión del inocente. Ahora bien, hay causas de divorcio que no implican delito. Estas causas, no obstante que esté acreditada la culpabilidad del cónyuge demandado, no le impedirían heredar en la sucesión del cónyuge inocente, antes de que se hubiese pronunciado la sentencia de divorcio. Una vez pronunciada la sentencia, entonces al morir el cónyuge inocente el culpable ya no podría heredarlo por la sencilla razón de que el matrimonio estaba disuelto antes de que se abriera la herencia. Enumera el Código Civil las causas por virtud de las cuales se pierde el derecho a heredar, y entre esas causas que traen consigo una incapacidad para heredar, tenemos mencionado el delito. Dice el artículo 1316: "Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o por intestado: I El que haya sido condenado por haber dado, mandado, o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella". Por consiguiente, si la causa de divorcio implicase la comisión de un delito de esta naturaleza, quedará el cónyuge culpable incapacitado para heredar, no obstante que el inocente hubiere muerto antes de que se pronunciase la sentencia de divorcio y, por lo tanto, de que no llegó a disolverse el vínculo. Quiere decir entonces que el cónyuge culpable, como siguió siendo cónyuge, pudo heredar en su calidad de esposo; pero por la comisión del delito quedó excluido de la herencia. La fracción II del mencionado precepto estatuye: "El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, o hermanos, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión..." Por lo tanto, si ha habido una acusación en tales términos o se ha cometido un delito contra el otro cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos, también por esta razón, el cónyuge culpable quedará imposibilitado para heredar.

Evidentemente que estas causas de incapacidad para heredar por delito, tendrán que probarse ante el juez de la sucesión; pero las pruebas ya rendidas del juicio de divorcio que no pudo terminar por sentencia,

se rendirán a su vez en el juicio sucesorio, para impedirle al culpable heredar.

En la fracción III del artículo 1316, se prevé el caso del cónyuge que mediante un juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente. La fracción IV se refiere al coautor del cónyuge adúltero. Ya esta hipótesis se va a referir no al cónyuge culpable adúltero, sino al coautor del adulterio. Siguen enumerando las fracciones V, VI, VII, VIII, IX, X y XI otros delitos que a su vez pueden ser causas de divorcio y, en consecuencia, el cónyuge culpable, a pesar de que sobreviviese al inocente no podría heredar en función de estos delitos a que se refiere el artículo 1316.

Art. 1316 del Código Civil: Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o por intestado:

III.—El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente;

IV.—El coautor del cónyuge adúltero, ya sea que trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente;

V.—El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos;

VI.—El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos;

VII.—Los padres que abandonaren a sus hijos, prostituyeren a sus hijas o atentaran a su pudor respecto de los ofendidos;

VIII.—Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de darle alimentos, no la hubieren cumplido;

IX.—Los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo, o de hacerlo recoger en establecimientos de beneficencia.

X.—El que usare de violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento;

XI.—El que, conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, substitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió de corresponder a éste o a las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con esos actos.

7.—*La acción de divorcio sólo se otorga al cónyuge que no dio causa al mismo.*—La sexta característica de la acción de divorcio consiste en

que sólo se otorga al cónyuge inocente, o en su caso, al cónyuge sano. Es decir, a quien no ha dado causa al divorcio. No es sin embargo esta caracterización observada en todos los Códigos civiles. El nuestro, evidentemente que sigue el criterio de que sólo puede pedir el divorcio el cónyuge que no hubiere dado causa a él, lo que equivale a decir que será el inocente, o bien, el cónyuge sano en los casos de aquellas enfermedades a que ya nos hemos referido; pero existen códigos como el suizo, que permite ejercitar la acción de divorcio ante ciertas causas comunes a ambos cónyuges, como serían, por ejemplo, la incompatibilidad de caracteres, o la conducta recíproca de ambos esposos que haga imposible la vida conyugal. Sin embargo, para este último caso, dispone ese Código que cuando la vida conyugal resulte imposible, principalmente por culpa de uno de los cónyuges, sólo podrá intentar el divorcio el otro, aun cuando haya cierta responsabilidad recíproca en ambos consortes.

Nuestro artículo 278 en cambio, dispone de una manera terminante: "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda".

CAPITULO VI

Los Efectos del Divorcio

1.—*Diversidad de efectos en el juicio de divorcio necesario.*—Para los efectos del divorcio debemos distinguir entre los efectos provisionales, que se producen durante la tramitación del juicio, y los efectos definitivos que se causan una vez pronunciada la sentencia ejecutoriada que disuelve el vínculo matrimonial. Trataremos sucesivamente, por lo tanto, de los efectos provisionales y después de los efectos definitivos.

2.—*Efectos provisionales.*—Por lo que toca a los efectos provisionales, todas las legislaciones coinciden en que en el juicio de divorcio necesario, al presentarse la demanda, y en casos urgentes, antes de su presentación, puede el juez tomar providencias para separar a los cónyuges, depositar a la mujer, si se dice que dio causa al divorcio, confiar la custodia de los hijos a uno de los cónyuges, si se pusieren de acuerdo, o bien, si no lo hubiere, el juez podrá determinar si concede esa custodia durante el procedimiento a uno de los cónyuges o a tercera persona.

Existen legislaciones en las que, como en la suiza, se da un poder absoluto al juez para que sin necesidad de buscar el acuerdo previo de ambos consortes, si así lo estima conveniente, decrete en favor de un tercero la custodia provisional de los hijos; pudiendo hacerlo así hasta cuando por común acuerdo de los padres, se pretendiese confiar la custodia a la madre, si el juez considera que ésta, por su trabajo, profesión, mala conducta o debido a ciertos vicios (por ejemplo, lo que es más frecuente en México, el vicio del juego) constituya un peligro para la educación, protección o cuidado de sus hijos. Con un criterio de mayor altura que los demás códigos del mundo, el Código Civil suizo faculta al juez para pasar sobre el acuerdo de los padres, pudiendo confiar la custodia a uno de los abuelos, a un pariente, o hasta tercera persona que en su concepto garantice la educación. Puede, por ejemplo, acordar el internado del hijo, si está en edad escolar.

Luis Fernández Clérigo, *ob. cit.*, pág. 148.

También estas medidas provisionales van a referirse a tomar ciertas precauciones cuando en el momento del divorcio la mujer se encontrare encinta. Veremos con detenimiento estas medidas tendientes a evitar la sustitución de infante, la supresión del mismo, o hacer aparecer como viable al hijo que no lo sea.

Por último, el juez debe acordar durante el trámite del juicio una pensión de alimentos suficiente, según las posibilidades de los padres para el sostenimiento de los hijos, y en su caso, para el cónyuge acreedor, conforme a las reglas que explicaremos.

Nuestro artículo 282 es bastante completo si se le compara en general con los códigos civiles europeos o americanos. Sobre este conjunto de medidas provisionales, dice así: "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: I. Separar a los cónyuges en todo caso; II. Depositar en casa de persona de buenas costumbres a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya; III. Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos. IV. Dictar las medidas convenientes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer; V. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto de la mujer que quede encinta; VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común

acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conveniente".

Como se ve, nuestro Código Civil primero parte del acuerdo de ambos padres, para que se confíe la custodia de los hijos a uno de ellos, sin darle facultades al juez para poder confiarla a persona distinta del cónyuge elegido. En cambio, el Código Civil suizo, según la explicación que acabamos de hacer, sí permite al juez resolver libremente. Evidentemente ese sistema suizo sólo podría existir cuando nuestros jueces se preocupen de los juicios de divorcio, dándoles toda la importancia y trascendencia que en el orden social, familiar y humano tiene no sólo el dictar las medidas definitivas, sino también las provisionales, dado que los juicios de divorcio necesario en ocasiones se prolongan por muchos años y entonces la situación de los hijos menores, justamente en la época que más necesitan de que estén confiados a una persona responsable, podría quedar definitivamente perjudicada en cuanto a su moralidad, educación o seguridad. Según nuestro artículo 282, sólo en defecto de un acuerdo entre los cónyuges, podrá el juez determinar la persona a quien se confíen los hijos, dándose al cónyuge actor la preferencia para señalar esa persona, pero sin que esto signifique que el juez deba necesariamente acordar de conformidad su pretensión

Por último, entre las medidas provisionales existen las muy interesantes que debe tomar el juez cuando la mujer se encuentra embarazada. Estas medidas están dictadas en el Código, no para el caso de divorcio, sino para la viuda que manifiesta al juez de la sucesión encontrarse encinta, a la muerte de su esposo. En consecuencia, son aplicables al caso, los artículos 1638 a 1648 del Código Civil vigente.

3.—*Efectos definitivos en el juicio de divorcio.*—Son desde luego los de mayor trascendencia, porque se van a referir ya a la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio. Por consiguiente, estos efectos definitivos los vamos a dividir en: 1.—Efectos en relación a la persona de los cónyuges. 2.—Efectos en relación a los hijos, y 3.—Efectos en relación a los bienes de los consortes.

Trataremos en primer lugar los efectos en relación a la persona de los divorciados. A su vez, estos efectos los vamos a subdividir: 1. En cuanto a la capacidad para celebrar nuevo matrimonio. 2 respecto a la capacidad jurídica de la mujer divorciada. 3. En cuanto al derecho de

la divorciada para llevar o no el apellido de su esposo. 4. Respecto a la capacidad de la mujer divorciada para ejercer el comercio y 5. Relativamente a los alimentos, que deberá pagar el cónyuge culpable al inocente.

4.—*Capacidad para contraer nuevo matrimonio.*—Ya hemos explicado que el divorcio por separación de cuerpos, regulado en los Códigos de 1870 y 1884, al no disolver el matrimonio, no otorgaba, como era evidente, a ninguno de los consortes, la capacidad jurídica de contraer nuevo matrimonio. Se mantenía el vínculo matrimonial, y sólo se suspendían algunas obligaciones. Fundamentalmente la de hacer vida en común; pero la obligación de guardarse fidelidad, y por consiguiente, la sanción penal para el caso de adulterio, existía.

A partir de la Ley de Relaciones Familiares, y antes, según hemos explicado, a partir de la Ley de 1914, al disolver el divorcio el vínculo matrimonial, cada cónyuge ya recobra su capacidad jurídica para celebrar nuevo matrimonio; pero se establecieron ciertas limitaciones en función de la clase de divorcio que se hubiere obtenido; o para sancionar al cónyuge culpable. De esta suerte, el Código Civil vigente, lo mismo que la citada Ley de Relaciones Familiares, para el divorcio voluntario, impiden que los cónyuges puedan celebrar nuevo matrimonio dentro del término de un año.

Al regular el artículo 98 los requisitos que debe contener la solicitud para celebrar el matrimonio, y los documentos que deben acompañarse a esa solicitud, precisamente indica que en los casos de divorcio deberá exhibirse la copia certificada de la sentencia respectiva. Dice el artículo 98: "Al escrito a que se refiere el artículo anterior, (es decir, a la solicitud de matrimonio), se acompañará: VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutiva de la sentencia de divorcio, o de nulidad del matrimonio, en caso de que alguno de los contrayentes hubiere sido casado con anterioridad".

En estas condiciones, como evidentemente antes de que transcurriese el año en el divorcio voluntario, el Oficial del Registro Civil no podría autorizar la celebración del nuevo matrimonio, es muy frecuente que en México se cometa el delito de falso informe a la autoridad, haciendo constar el cónyuge divorciado, en su solicitud de matrimonio, que es simplemente soltero. Claro está que se ha pretendido defender, a través de un fraude a la ley, esa declaración de que se es soltero, para sostener que no hay un delito. Porque se dice, el divorciado es soltero, y si declara que es soltero, no hay falso informe a la autoridad. Ahora bien, las leyes

pueden ser burladas a través de un verdadero fraude, y los jueces jamás deben ser cómplices de estos fraudes de los cuales son responsables los abogados. El abogado no debe ser un consejero para defraudar a la ley. Y por desgracia en México, tal parece que la profesión de abogado se emplea de dos maneras. O para cumplir la ley, o para violarla mediante una salida ingeniosa, que implica un fraude. Y si esto es criticable en el abogado, implica una seria falta oficial del juez que se convierte en cómplice, y acepta esa solución ingeniosa, pero contraria a las finalidades de la ley. Bien sea en este caso, o en los múltiples en los cuales el ingenio humano puede encontrar siempre, mediante engaños, maquinaciones, artificios, combinaciones de preceptos, el modo de defraudar la ley, el de darle tortura, y el de querer presentársela a los jueces absolutamente deformada. Un juez honesto, probo, jamás debe admitir este juego para defraudar la ley y, por lo tanto, si hay la finalidad indiscutible, en los casos de divorcio, de eludir la prohibición legal para no esperar el año y poder celebrar de inmediato el nuevo matrimonio, recurriéndose a la declaración de que el cónyuge es soltero, el juez penal indiscutiblemente encontrará que se ha cometido el delito, porque lo que se buscó en realidad es ocultar su calidad de cónyuge divorciado, no cumplir con los que estatuyó la fracción VI del artículo 98, exhibiendo la sentencia de divorcio, para a su vez violar el artículo 289.

En el divorcio necesario, si el cónyuge inocente es el hombre, puede inmediatamente contraer nuevo matrimonio una vez que cause ejecutoria la sentencia de divorcio, pero si el cónyuge inocente es la mujer, se le impide celebrar nuevo matrimonio tomando en cuenta la posibilidad de que pudiere estar embarazada, por lo que deberá transcurrir el término de trescientos días que se contarán, no a partir de la sentencia, sino antes, a partir de la separación judicial que se decreta al presentarse la demanda de divorcio. Como generalmente los juicios de divorcio necesario para llegar a sentencia ejecutoriada, tardan más de un año en su tramitación, resultará que cuando se obtenga la sentencia firme, ya la mujer inocente podrá celebrar nuevo matrimonio, porque transcurrió el término de trescientos días a partir de la separación judicial. Si diere a luz un hijo dentro de este término, evidentemente que podrá contraer nuevo matrimonio, aun cuando no hubiese pasado ese plazo, porque lo que se trata de evitar es sólo una confusión en la paternidad.

5.—*Capacidad de ejercicio de la mujer divorciada.*—Otro de los efectos del divorcio se va a referir a la capacidad de ejercicio de la mujer, pues la del hombre ni bajo el sistema anterior, ni conforme al vigente, se altera por virtud de la disolución de su matrimonio. En cambio, la

capacidad de ejercicio de la mujer divorciada, sí sufría bajo los Códigos Civiles de 1870 y 1884 un cambio radical. A partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, como en principio se equiparó la capacidad de goce y de ejercicio de la esposa con la del marido, (por cuanto que se partió de la idea de que no debe haber una diferenciación por virtud del sexo, y que es falso que la mujer, especialmente la casada, no esté en condiciones de contratar, de comparecer en juicio, de administrar sus bienes o de ejecutar actos de dominio respecto de los mismos) se dispuso que el matrimonio no afectaría la capacidad de ejercicio de la esposa. Lógicamente entonces, el divorcio ya no puede en la actualidad producir un cambio fundamental en esa posibilidad jurídica de actuar que tenga la divorciada, tanto desde el punto de vista del derecho civil al contratar, al obligarse, al celebrar actos jurídicos de dominio o administración, como del derecho procesal, para poder comparecer directamente en juicio como actora o como demandada. En realidad, el divorcio produce igual efecto respecto de la capacidad de ambos cónyuges, tanto en la citada Ley de Relaciones Familiares como en el Código vigente. Sólo existe la prohibición de que la mujer contrate con su marido, y únicamente podrá hacerlo previa autorización judicial, cuando no se perjudiquen sus intereses, y esto como un resabio de aquella idea de la potestad marital, que todavía persiste en la legislación vigente, para considerar que el marido puede en algún sentido, durante el matrimonio, al celebrar contratos con su esposa, perjudicarla desde el punto de vista económico. Pero ya la mujer divorciada se encontrará frente a su ex-marido en la misma situación jurídica que cualquier otra persona y, por lo tanto, como desaparece la sociedad conyugal si bajo este régimen se estableció el matrimonio, los divorciados, al tener separados sus bienes, podrán contratar libremente.

Conviene, por consiguiente, estudiar el cambio tan radical que se operó en la capacidad de ejercicio de la mujer divorciada conforme a los Códigos de 1870 y 1884, para después tratar del Código Civil vigente. Partiremos del Código Civil de 1884, que no hace sino repetir las mismas disposiciones del Código de 1870. En estos ordenamientos se reconocía la potestad marital y, por consiguiente, la esposa quedaba en condiciones semejantes de incapacidad de ejercicio que un menor de edad. De ahí que el artículo 196 del Código Civil anterior, dijese: "El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio", y el artículo 197: "El marido es el representante legítimo de su mujer. Esta no puede, sin licencia de aquél, dada por escrito, comparecer en juicio por sí o por procurador, ni aún para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio, y pendientes en cualquiera instancia al contraerse

este; mas la autorización una vez dada, sirve para todas las instancias, a menos de que sea especial para una sola, lo que no se presume, si no se expresa".

El artículo 198 venía a originar la incapacidad de ejercicio para contratar, para contraer obligaciones en general y, por lo tanto, para poder realizar actos de administración o de dominio, sobre los bienes propios de la mujer, quien no podía llevarlos a cabo sin la autorización de su marido. Decía así: Tampoco puede la mujer, sin licencia de su marido, adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse sino en los casos especificados en la ley". Sólo ante ciertas causas que enumeraba el artículo 202, la mujer recobraba su capacidad de ejercicio, bien por la interdicción de su esposo o porque estuviere separada legalmente de él, y aquí tenemos el efecto específico que tenía el divorcio en cuanto a la capacidad de esa mujer casada, simplemente separada judicialmente de su marido y mayor de edad, porque si la misma era menor, aun cuando había quedado emancipada por virtud del matrimonio, el divorcio no le otorgaba la plena capacidad jurídica, sino como todo menor emancipado, debería tener un tutor para los negocios judiciales, y necesitaba de autorización judicial para ejecutar actos de dominio sobre bienes inmuebles.

El Código Civil vigente ya no presenta ningún problema respecto a la capacidad de la mujer divorciada, ante la equiparación absoluta de la mujer con el marido durante el matrimonio. Evidentemente que el divorcio no podrá alterar esa capacidad que ya tiene la mujer tanto en su calidad de soltera, como de casada y, por lo tanto, de divorciada.

Se exceptúa la materia relativa al ejercicio del comercio, que por estar regulada por el Código de Comercio, según explicaremos, no puede ser modificada por la ley civil, como impropiamente lo pretendió la Ley de Relaciones Familiares y aún el Código en vigor.

Por otra parte, como el divorcio en la actualidad origina la disolución del matrimonio, necesariamente tiene que dar término a la sociedad conyugal y, por consiguiente, ya no tenemos el problema que bajo el Código anterior sí se presentaba en cuanto a que la sociedad conyugal subsistía, y, por lo tanto, sí era necesario resolver quien administraba los bienes de esa sociedad.

En la actualidad, ni para los bienes propios, en los que la esposa tiene plena capacidad jurídica, ni en cuanto a los bienes comunes que necesariamente tienen que convertirse por virtud del divorcio en bienes que se aplican a cada consorte, dada la disolución de la sociedad conyugal, se presentarán los graves conflictos que antes sí ocurrían bajo la vigencia de los Códigos de 1870 y 1884.

Dicen al respecto los artículos 167 y 172: "El marido y la mujer tendrán en el hogar, autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos, y la administración de los bienes que a ellos pertenezcan". "El marido y la mujer mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios, y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos correspondan sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél, salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales, sobre la administración de los bienes comunes".

6.—*Uso por la divorciada del apellido de su ex-marido.*—Otro efecto del divorcio se refiere al uso que la divorciada pueda hacer del apellido de su ex-marido. Nuestro Código Civil guarda absoluto silencio sobre el particular. Pero en México no tenemos la costumbre que existe en otros países de que la mujer casada adopte durante su vida matrimonial el apellido del esposo, de tal manera que para evitar confusiones respecto de sus bienes inscritos en el Registro Público de la Propiedad, adquiridos antes de casarse y los que adquiera durante el matrimonio, así como por lo que se refiere en general a los actos jurídicos que lleve a cabo, se hace necesario distinguir en estos países entre el apellido de la mujer antes y después de su matrimonio. Nosotros, simplemente por costumbre, que es en este caso fuente de derecho, agregamos al apellido de la mujer casada, el de su marido, después de la partícula "de", por ejemplo, Sra. Martínez de Fernández, lo que evita cualquier confusión en el Registro Público de la Propiedad, en el Registro Civil y en todos los distintos actos y contratos que lleve a cabo.

En cambio, en los países en que la mujer casada adopta el nombre de su marido, sin conservar el propio y sin agregar la partícula "de", pueden presentarse serias confusiones al grado de que en un momento dado, por ejemplo, los bienes de una cuñada del mismo nombre, puedan aparecer como bienes de la esposa, dado que tanto ella como su cuñada, llevan el mismo nombre individual o nombre de pila y el mismo apellido, o sea que la mujer casada suprimió el suyo y adoptó el de su marido, que es el mismo que el de su cuñada. Por esto, el Código francés prohibe a la mujer divorciada seguir usando el apellido del marido. En el mismo sentido en el Código suizo. En el Código Civil alemán se hace una distinción: si la mujer no dio causa al divorcio, puede conservar el apellido del marido; en cambio, si la mujer dio causa, su marido puede oponerse a que su ex-esposa siga usando su apellido; pero si no hay oposición, podrá incluso la mujer culpable, seguir ostentándose como si fuera casada.

Entre nosotros como no hay disposición expresa en el sentido antes indicado y como por otra parte la costumbre ha sido que la mujer casada no pierda su apellido y simplemente agregue al suyo el de su maridó, es evidente que en el caso de divorcio, sea culpable o inocente, perderá todo derecho a seguir usando el apellido del ex-esposo, pues ello denotaría que aún continuaba casada. En consecuencia, si el matrimonio ya quedó disuelto, no hay razón alguna para que la mujer siga ostentando un apellido que no le pertenece. Sin embargo, como nada legisla el Código Civil al respecto, no habrá sanción en caso contrario. Sería menester en todo caso que una sentencia condenase a la mujer divorciada a que ya no siguiera usando el apellido de su ex-esposo, en el supuesto de que, no obstante la oposición de éste, pretendiera crear confusiones, fundamentalmente para gozar del crédito del ex-marido, y en toda caso, para poder incluso cometer el delito de falsedad. Mediante una sentencia por juicio seguido por el ex-marido contra la mujer, sí podría impedírsele que continuara usando el apellido de aquél.

Luis Fernández Clérigo, *ob. cit.*, págs. 144 y 145.

7.—*Capacidad de la mujer divorciada para ejercer el comercio.*— Otro efecto del divorcio se refiere a la capacidad de la mujer divorciada para ejercer el comercio. Ya indicamos antes que la capacidad de la esposa y de la divorciada para ejercer el comercio, no debe ser regulada por el Código Civil, sino exclusivamente por el Código de Comercio; que indebidamente el Código Civil ha pretendido autorizar a la mujer casada en ciertos casos para ejercer el comercio, no obstante la oposición del marido, si el juez considera que esa oposición es injustificada, o bien, si el marido no subviene a todas las necesidades de su hogar.

En el Código de Comercio, para nuestro problema concreto del divorcio, se habla de que la mujer casada podrá ejercer el comercio sin la autorización del marido, en los casos de separación, porque regía el Código Civil de 1884, en el que, según hemos visto, no había divorcio vincular, sino simplemente separación de cuerpos. Ahora bien, en la actualidad, si el Código vigente admite ya el divorcio vincular, es evidente que, a mayoría de razón, si el de Comercio facultaba a la mujer simplemente separada de su marido para ejercer el comercio, sin autorización de éste, la mujer ya divorciada, disuelto su matrimonio, podrá ejercer libremente el comercio. Por lo tanto, una consecuencia del divorcio vincular será que la mujer, al recobrar su capacidad en el orden mercantil, (supuesto que en el orden civil la tiene, no obstante que sea casada), sí podrá ejercer el comercio, que no pudo desempeñar durante su vida matrimonial, por oposición del marido.

8.—*Alimentos del cónyuge inocente.*—Otro efecto del divorcio en relación con los cónyuges, es el relativo a determinar los alimentos del cónyuge inocente. En este aspecto, ya no se presenta esa equiparación absoluta que hemos visto que existe durante el matrimonio, para todos los efectos legales entre la mujer y el hombre. Porque por lo que ve a los alimentos de la mujer inocente en el divorcio, se imponen aun cuando tenga bienes, y esté en condiciones de trabajar. En cambio, por lo que se refiere a los alimentos del marido inocente, sólo en el caso de que carezca de bienes y esté imposibilitado de trabajar, la mujer culpable tendrá que darle esos alimentos. En verdad, si la ley parte de una absoluta equiparación en orden a la capacidad jurídica y a la aptitud para la vida, para el trabajo, no debería hacer esta distinción. La razón de ser de los alimentos contra el cónyuge culpable es una sanción. Más aún, si durante el matrimonio ambos cónyuges tienen el deber recíproco de darse alimentos, de ayuda mutua, según sus necesidades y de acuerdo con sus posibilidades, en el caso de divorcio, como se sanciona al cónyuge culpable por un hecho que le es directamente imputable, y dado que ya no prestará ese auxilio económico al otro cónyuge, no habrá razón para distinguir entre la mujer y el marido, pues no es en función de la necesidad de los alimentos, sino por una pena que se impone al cónyuge culpable, por haber disuelto el matrimonio.

Luis Fernández Clérigo, *ob. cit.*, págs. 153 y 154.

9.—*Los tres efectos principales del divorcio respecto a los hijos.*—Estos efectos los dividiremos en tres partes. La primera se refiere a los efectos relativos a la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada, o simplemente separada judicialmente de su marido. La segunda, comprende los efectos en cuanto a la patria potestad, y la tercera los relativos a los alimentos de los hijos.

10.—*Legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada.*—Al efecto deben distinguirse tres períodos: I.—Si el hijo naciere dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges. II.—Si naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que transcurran trescientos días de la sentencia de divorcio, y III.—Si el hijo naciere después de los trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio.

11.—*Primer período.*—Cuando el hijo nazca dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges, conforme al

artículo 324, frac. II, del Código Civil vigente, existe siempre la presunción de legitimidad del hijo, de tal manera que el marido no podrá impugnarla, sino demostrando que fue físicamente imposible que tuviere relación sexual con su esposa dentro de los primeros ciento veinte días, de los trescientos anteriores al nacimiento. Esta legitimidad no podrá ser desconocida aun cuando el marido comprobase el adulterio de la madre, y aun cuando ésta reconociere el adulterio y confesare expresamente que el hijo no es de su marido. En estos casos, la ley exige además, que se acredite que el nacimiento se le ocultó al marido, o bien, que éste demuestre que dentro de los trescientos días anteriores al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa. En realidad, esta última exigencia del artículo 326, es notoriamente indebida, porque debe estarse a la regla general del artículo 325, de que bastará que el marido demuestre que físicamente fue imposible que tuviese cópula carnal con su mujer sólo en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

12.—*Segundo período.*—Este período se refiere al hijo que naciere después de los trescientos días de decretada la separación judicial. En este período tendremos que distinguir dos posibilidades: pueden transcurrir los trescientos días sin que se pronuncie sentencia de divorcio, o bien, en casos relativamente excepcionales, puede haberse pronunciado la sentencia de divorcio, antes de que transcuran los trescientos días siguientes a la separación judicial. Por lo tanto, cabe la posibilidad de que el hijo nazca después de trescientos días de la separación judicial, pero antes de que se pronuncie sentencia de divorcio. O bien, que el hijo naciere ya después de que se dictó la sentencia de divorcio, pero antes de que transcurran trescientos días de que ésta causó ejecutoria. Para los efectos legales, lo importante es que en este segundo período no hayan transcurrido en el momento en que el hijo nazca, más de trescientos días de pronunciada la sentencia. Porque la idea fundamental es esta: aun cuando hubo una separación judicial, que normalmente hace presumir que ya no habrá la relación sexual entre los cónyuges, jurídicamente siguen unidos en matrimonio, hasta que no venga la sentencia definitiva y cause ejecutoria, a disolver el vínculo. Por lo tanto, si el hijo naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que se pronuncie sentencia, evidentemente fue un hijo nacido durante el matrimonio de sus padres. A su vez, si el hijo naciere después de que se pronunció la sentencia, y ya había transcurrido con exceso el término de trescientos días después de la separación, pero no el de trescientos días siguientes a la disolución, que sólo se opera por

sentencia, vuelve ese hijo a ser considerado como nacido durante el matrimonio de sus padres.

Ahora bien, tendrá el marido que demostrar que no tuvo relación sexual con su esposa, a pesar de estar separado de ella, y en el juicio ordinario correspondiente en que sea oída la madre, y a su vez el hijo, a través de su tutor, para que se declare que el hijo no es legítimo.

Este segundo período está regulado por el artículo 327. "El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre".

La diferencia que existe entre el primero y el segundo períodos, es la siguiente: en el primero el hijo lleva la presunción de legitimidad y, en el segundo, ya el hijo no lleva de pleno derecho esa presunción de legitimidad. En el primer período, el padre tiene que rendir pruebas plenas, absolutas, que demuestren la imposibilidad física de haber engendrado al hijo. Es decir, toda la carga de la prueba la lleva el marido que impugna la legitimidad, y ni la madre, ni el hijo a través de su tutor, tienen que rendir pruebas, y si el marido no lograse probar esa imposibilidad física, la presunción de legitimidad se convertirá en absoluta y el juez declarará que el hijo es legítimo.

En cambio, en el segundo período, al no existir ya esa presunción de legitimidad, ambas partes están procesalmente en el mismo plano, ambas tienen que justificar: el marido que no pudo engendrar al hijo; la madre, o en su caso el hijo, que sí fue engendrado por el marido. Aquí el juez tendrá que normar su criterio en función de las circunstancias, de los hechos, de las pruebas que se rindan. Por ejemplo, si el marido acreditase con testigos, con la confesión de la mujer, que ya para este período si tendría trascendencia, que ella ha tenido relaciones carnales con otro hombre, ya entonces hay un dato que podrá inclinar al juez a pensar que el hijo no fue engendrado por el marido. Como a su vez éste podrá probar que desde la separación no ha tenido siquiera posibilidad material de ver a su mujer; que el distanciamiento ha sido absoluto. En tales casos, el juez tiene que admitir que ese hijo pudo ser engendrado en general por cualquier hombre, aunque la mujer continúe casada, aunque su matrimonio no esté disuelto. Es así como ambas partes deben acreditar sus pretensiones, y a su vez el juez tendrá que valorarlas tomando en cuenta la trascendencia de las pruebas, la seriedad de las mismas, bien para desconocer la legitimidad del hijo, o por el contrario, para reconocerla. En el caso de duda, el juez deberá poner sobre los

intereses de los cónyuges y sus pasiones, el interés sagrado del hijo, en cuanto a su paternidad, y a que su presunción de legitimidad no sea desconocida.

13.—*Tercer período.*—Comprende a los hijos que la mujer divorciada tuviese después de los trescientos días siguientes a la disolución de su matrimonio. Un artículo general no distingue entre disolución por muerte del marido, por nulidad o por divorcio, sino que equipara la condición jurídica del hijo que nazca después de trescientos días de disuelto el matrimonio, para que cualquiera a quien perjudique la filiación pueda en todo momento, desconocer ésta. Dice al efecto el artículo 329: "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación".

En realidad, tendremos que distinguir los casos en que el hijo naciere después de trescientos días de muerto el marido de su madre, o de disuelto el matrimonio por divorcio o por nulidad. En el caso de muerte del marido, ni siquiera hay posibilidad de que el hijo de la viuda pudiere pretender algún derecho en relación a los bienes, al apellido del que fue marido de su madre, por una absoluta imposibilidad física de que éste hubiese engendrado al hijo, ya que nació después de trescientos días siguientes a su muerte. En cambio, el hijo póstumo, que es aquel que nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido, tiene siempre la presunción de legitimidad, para ser heredero, para llevar el apellido del marido, y para tener todos los derechos de ún hijo legítimo. Pero bastará que nazca después de trescientos días de muerto el marido de la madre, para que pierda todo derecho, y no pueda haber posibilidad alguna de que se le considere ni en el aspecto hereditario, ni en cuanto al uso del apellido paterno, como un hijo legítimo.

En cambio, el hijo que naciere después de trescientos días de disuelto el matrimonio por divorcio o por nulidad, no se encuentra en esa absoluta imposibilidad física de que el marido de la madre lo hubiese engendrado, pero tampoco tiene la presunción de legitimidad. Podrá existir la presunción de hecho, como ocurre en algunos casos de divorcio o de nulidad, de que no sólo dentro de los trescientos días siguientes a la sentencia, sino durante años siga existiendo después un concubinato entre los que fueron consortes. Podrá existir cierta posibilidad, especialmente en los casos de nulidad, más que en los de divorcio, de que haya trato sexual entre los que fueron cónyuges. Pero es esta una posibilidad humana que la ley no va a tomar en cuenta como norma para seguir

imputando al ex-marido, el hijo de la mujer divorciada que nació después de los trescientos días siguientes a la sentencia.

14.—*Efectos del divorcio en cuanto a la patria potestad.*—El principio general reconocido en todos los Códigos Civiles que admiten el divorcio vincular, es el de privar al cónyuge culpable de la patria potestad sobre los hijos y concederla al inocente. Asimismo cuando el divorcio se decreta por alguna enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, coinciden los Códigos que reconocen esta causal, en conceder la custodia de los hijos menores al cónyuge sano, y simplemente restringen el conjunto de derechos que otorga la patria potestad al cónyuge enfermo, sólo para evitar que pudiere contagiar a sus hijos a través de la convivencia, del trato continuo y de la posibilidad de intervenir en su educación; pero como la patria potestad no es sólo una suma de derechos, sino también de obligaciones y responsabilidades, se mantienen éstas para el cónyuge enfermo, especialmente dentro de su posibilidad de suministrar alimentos a sus hijos, de representarlos jurídicamente en todos aquellos actos en que se requiera la intervención del padre, o en su caso de la madre, así como cuando se trate de lo que constituye el fenómeno de asistencia, que no implica una representación, sino simplemente una autorización del acto jurídico que lleve a cabo el hijo menor de edad.

Pasando al estudio de nuestro Código Civil, encontramos tres normas fundamentales en materia de patria potestad. Para determinadas causas de divorcio, el cónyuge culpable pierde definitivamente la patria potestad, aun cuando muera después el inocente. En tal caso, como no puede recobrar esa patria potestad, pasará a los abuelos, primero paternos y luego maternos y a falta de ellos, entonces el hijo quedará bajo tutela. Se ve por esta sanción extrema, que deben ser gravísimas las causas de divorcio que le hacen perder para siempre al cónyuge culpable la patria potestad, aún en el supuesto muy justificado de que muriese el inocente y que conforme a la naturaleza misma, el más indicado fuera el padre que sobreviva, quien ejerciere la patria potestad. Una segunda norma hace privar al cónyuge culpable de la patria potestad, mientras viva el inocente, para recobrar ese derecho a su muerte. Por último, tratándose del divorcio por las enfermedades ya mencionadas, se restringe la patria potestad en cuanto al cónyuge enfermo, sólo para evitar, tratándose de enfermedades contagiosas, que pueda existir ese contagio, y por eso la custodia y la vida en común se establecerá en favor del cónyuge sano.

Tomando en cuenta este criterio que se desprende del artículo 283, deberían ser causas de divorcio muy graves, ciertos delitos o ciertos hechos inmorales, los que se sancionasen con la pérdida definitiva de la patria potestad, y ante las otras causas de divorcio que no presentasen tal gravedad, el cónyuge culpable sólo debería perder la patria potestad, mientras viviese el inocente. Sin embargo, sin un criterio explicable, sin que haya una verdadera razón, sino por el contrario, una arbitrariedad manifiesta, el artículo 283 señala casos en los cuales un cónyuge pierde la patria potestad, haciendo intervenir tanto causas muy graves, o que no presentan esa gravedad, y a su vez, toma en cuenta diversidad de causas, unas graves y otras de menor gravedad, para que durante la vida del cónyuge inocente se prive al culpable de esa patria potestad. Por eso decimos que hay un criterio arbitrario, según vamos a mostrarlo.

Dice el artículo 283: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes: I. Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará un tutor". Como se ve, no se da la posibilidad de que el cónyuge culpable recobre la potestad ante la muerte del inocente, como sí lo dice la fracción siguiente de este precepto para otras causas.

Pero para poder comprender mejor el porqué de esta arbitrariedad seguida por el artículo 283, comparemos ahora las causas de divocio en las que el cónyuge culpable recobra la patria potestad, a la muerte del inocente. Dice la fracción II: "Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del art. 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recobrará la patria potestad. Si los dos cónyuges fuesen culpables, se suspenderá el ejercicio de la patria potestad, hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entretanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quien la ejerza, se designará tutor".

Se advierte desde luego que en el caso de acusación calumniosa, de amenazas, de injurias graves o de que un cónyuge cometa contra el otro un delito que tenga una pena mayor de un año de prisión, existen las mismas razones que las que tomó en cuenta el legislador en la fracción XIV, para privar definitivamente al cónyuge de la patria potestad, o sea, cuando se comete un delito contra terceros. Más aún, para el ejercicio de la patria potestad tiene mayor trascendencia que el delito se

cometa de un cónyuge contra el otro, y no contra terceros. Desde el punto de vista humano, puede ser mejor padre o madre para educar a sus hijos, para protegerlos, el que cometió un delito contra tercero, y no el que cometió un delito contra el otro cónyuge, ¿cómo es que cuando se trata de delitos de un cónyuge contra el otro, que están demostrando desde el punto de vista familiar, que no le interesa a ese cónyuge culpable la concordia en la familia, la solidaridad, sólo se le priva de la patria potestad mientras viva el inocente; y en cambio, se le prive definitivamente de la patra potestad por haber cometido un delito contra un tercero, que merezca una pena mayor de dos años de prisión?

No hay, por consiguiente, congruencia alguna en el sistema seguido en nuestra ley para privar definitivamente de la patria potestad al cónyuge culpable. Por esto pensamos que en realidad, fuera de los casos de corrupción de hijos, de intento de prostituir a la esposa, y de vicios incorregibles, no debe privarse para siempre de la patria potestad al cónyuge culpable, sino que debe recobrarla a la muerte del inocente.

Por último, la frac. III del artículo 283, nos dice: "En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 277, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y los bienes de los hijos". Esta fracciones VI y VII se refieren, respectivamente, a padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria; a la impotencia incurable que sobrevenga después de efectuado el matrimonio, y enajenación mental incurable.

15.—*Obligación de dar alimentos.*—Ya hemos dicho que conforme al artículo 287 se comete la injusticia de que los cónyuges divorciados sólo deben dar alimentos a los hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad. Hicimos ver entonces que respecto de los hijos varones no hay razón alguna para que por el hecho de que lleguen a los veintiún años se les prive de la pensión alimenticia, si se encuentran incapacitados para trabajar y carecen de bienes, ya que conforme a las reglas generales que imponen la obligación de dar alimentos a los padres y, en general, a los ascendientes, frente a los descendientes, la misma subsiste siempre que haya la necesidad en el acreedor alimentario por carecer de bienes y estar imposibilitado para el trabajo, y que especialmente para los padres no hay un límite en función de la mayoría de edad en el hijo, y que si esto es evidente cuando no se ha disuelto el vínculo matrimonial, con mayor razón en el caso de divorcio, en donde ya los hijos no pueden contar en ocasiones con un hogar y con el medio de poder satisfacer en el mismo su necesidad alimentaria. Por esto consideramos que sobre

esta disposición injusta contenida en el artículo 287, deben prevalecer las disposiciones generales contenidas en los artículos 301, 303, 311 y 320 del Código Civil vigente.

En el artículo 287 no se impone exclusivamente al cónyuge culpable la obligación de dar alimentos a sus hijos, sino que ambos padres deben contribuir en proporción de sus bienes al cumplimiento de este deber jurídico.

16.—*Efectos del divorcio en cuanto a los bienes de los cónyuges.*— Ya precisamos los efectos del divorcio en cuanto a la persona de los divorciados. Ahora estudiaremos las consecuencias de tipo patrimonial que origina la disolución del matrimonio. Estas consecuencias de carácter patrimonial las analizaremos en tres aspectos: I.—En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal. II.—Respecto a la devolución de las donaciones, y III.—Relativamente a la indemnziación de los daños y perjuicios que el cónyuge culpable cause al inocente, por virtud del divorcio.

17.—*Disolución de la sociedad conyugal.*—En el Código Civil vigente, como el divorcio origina la disolución del matrimonio, necesariamente debe traer consigo la disolución de la sociedad conyugal que se hubiere estipulado entre los consortes. En el artículo 287 se estatuye: "Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes, se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges, o con relación a los hijos".

Para entender esta disolución de la sociedad conyugal, debe consultarse lo que ya expusimos con anterioridad al tratar brevemente respecto al régimen de la separación de bienes y al de sociedad conyugal. Ante el sistema que regula el Código Civil vigente, si el matrimonio se contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal, el divorcio origina la disolución de ésta, y esta disolución se hace en la forma de una liquidación en el sentido de que primero se tendrán que pagar todas las obligaciones sociales, para cuyo efecto, al constituirse la sociedad conyugal, se determinará el activo y el pasivo de la misma.

El artículo 189 nos dice que las capitulaciones matrimoniales en los que se establezca la sociedad conyugal, deben contener las bases para liquidarla.

Precisamente estas bases son las que se aplicarán en los casos de divorcio, de nulidad del matrimonio o de muerte de uno de los cónyuges. De ahí que el artículo 197 estatuya que la sociedad conyugal ter-

mina por la disolución del matrimonio, por voluntad de los cónyuges, por la sentencia que declare la presunción de muerte del consorte ausente, y en los casos previstos en el artículo 188. En el 203 se dice: "Disuelta la sociedad, se procederá a formar inventario, en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios, y los objetos de uso personal de los consortes, que serán de éstos o de sus herederos". "Terminado el inventario, se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los consortes en la forma convenida. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderle, y si uno solo llevó capital, de éste se deducirá la pérdida total". (Art. 204).

Será diferente la liquidación según se origine por divorcio, por nulidad del matrimonio o por muerte de uno de los cónyuges. La disolución de la sociedad conyugal por causa de divorcio no está sancionada en nuestro sistema imponiendo al cónyuge culpable ni la pérdida de los bienes que le correspondan, según las bases que se hubiesen pactado para la liquidación, ni siquiera la pérdida de las utilidades.

18.—*Devolución de las donaciones.*—Estudiaremos los efectos que produce el divorcio respecto a la devolución de las donaciones. El artículo 286 dice: "El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho". La mayoría de los códigos civiles hacen perder al cónyuge culpable las donaciones que recibiere del inocente; pero no las donaciones que les hiciere un tercero en consideración al matrimonio.

En el divorcio, como ya la donación antenupcial que hizo un tercero o uno de los cónyuges, quedó consumada y por una causa posterior al matrimonio se disuelve el vínculo, ya no se devolverá la donación que hizo el tercero, sino que se aplicará al cónyuge inocente. Es decir, éste no sólo tiene derecho a recuperar lo que había dado en donación prenupcial, sino también a conservar lo que diere un tercero, aun en el caso de que éste hubiese hecho la donación en consideración al cónyuge culpable. Por ejemplo, es frecuente que las amistades, como ocurre en todos los matrimonios, hagan donaciones en consideración a un cónyuge y si después resulta culpable en el divorcio, las perderá en beneficio del inocente, como también las donaciones prenupciales que haga uno de los futuros esposos al otro. En este aspecto nuestro Código se distingue de

la mayoría de los códigos civiles, por cuanto se extiende la sanción incluso a las donaciones prenupciales.

Por lo que toca a las donaciones durante el matrimonio, existe el efecto principal por virtud del divorcio, de volver irrevocable a una donación que podría revocarse en cualquier tiempo por el donante. Sólo la muerte o el divorcio vienen a hacer irrevocable la donación entre consortes; pero el divorcio la hará irrevocable en perjuicio del cónyuge donante, si es el culpable; nunca en perjuicio del inocente. En otras palabras, el cónyuge inocente podrá revocar la donación que había hecho al otro, en cualquier tiempo, es decir, antes de la demanda de divorcio, durante el juicio o una vez decretada la sentencia. En los artículo 232 a 234 se definen y regulan estas donaciones entre consortes, dicen así: "Los consortes pueden hacerse donaciones; pero sólo se confirman con la muerte del donante, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los descendientes o ascendientes a recibir alimentos". "Las donaciones entre consortes pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por los donantes". "Estas donaciones no se anularán por la superveniencia de hijos, pero se reducirán cuando sean inoficiosas, en los mismos términos que las comunes".

Habrá que agregar a la disposición del artículo 233, que no sólo las donaciones se volverán irrevocables por la muerte del donante, sino también, cuando se decrete el divorcio en perjuicio del cónyuge donante, por ser el culpable. Esta conclusión se desprende del mismo artículo 286, que dice: "El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho". Por consiguiente, no se podrá revocar por el cónyuge culpable la donación que hubiese hecho, alegando que durante su vida puede en todo tiempo revocarla.

19.—*Ventajas especiales que se hubiesen pactado en las capitulaciones matrimoniales.*—Además de la sanción respecto a las donaciones que pierde el cónyuge culpable, se presenta el problema de saber si las ventajas que se hubiesen otorgado en las capitulaciones matrimoniales de sociedad conyugal, al cónyuge que después resulta causante del divorcio, deberán entrar en esta sanción prevista por el artículo 286, o bien, si esas ventajas las conservará el cónyuge culpable, aun cuando rompan la equivalencia que debe existir en términos generales en estas capitulaciones matrimoniales.

En este sentido el Código francés estatuye que estas ventajas patrimoniales, sí las pierde el cónyuge culpable; que, por lo tanto, no podrá tener más utilidades y más participación en los bienes de la sociedad conyugal, que las que le correspondan en función de sus aportaciones

respectivas y no en función de lo que se hubiere convenido. Por ejemplo, es costumbre que no obstante que las aportaciones de los cónyuges sean distintas y en ocasiones uno de ellos, generalmente el marido, aporte todos los bienes, se pacte que las utilidades se repartirán por igual, y que liquidada la sociedad conyugal, también los bienes de la sociedad se dividirán por partes iguales. En los casos de disolución por muerte, evidentemente que se respetan estas capitulaciones matrimoniales, o en los casos de disolución por convenio de los consortes, cuando durante el matrimonio dan término a la sociedad conyugal. En tales casos, se liquidará según se hubiese pactado. Ya vimos que para los casos de nulidad, se sanciona al cónyuge de mala fe, que conoció el impedimento que después motiva la nulidad del matrimonio, perdiendo sólo las utilidades; no las aportaciones. En el derecho francés, para el divorcio se sanciona al cónyuge culpable, perdiendo toda ventaja sobre el cónyuge inocente a efecto de que no reciba más utilidades que las que en función de los bienes que realmente hubiese aportado, le correspondan; de tal manera que si el cónyuge culpable en realidad no aportó bienes, ni tendrá utilidades, ni será posible que en la división del patrimonio de la sociedad se le adjudique la mitad de ese patrimonio. O bien, si aportó bienes en un 10%, por ejemplo, conforme a esa proporción se le darán utilidades, y se le aplicarán los bienes al disolverse la sociedad por virtud del divorcio.

Luis Fernández Clérigo, *ob. cit.*, págs. 158 y 159.

En nuestro sistema, aunque pretendiésemos defender un principio indiscutible de justicia que existe para sancionar al cónyuge culpable y que no obtenga más utilidades que aquellas que en rigor le correspondan, en función de su aportación, así como para que no perciba más bienes que los que realmente hubiese llevado a la sociedad, no sería posible aplicar, ni aún dentro de ese espíritu, la sanción prevista por el artículo 286, que sólo se refiere a que el culpable pierda las donaciones que hubiese recibido del otro cónyuge o de un tercero. Más aún, no hay una excepción prevista en el capítulo relativo a la sociedad conyugal que altere esta forma de distribuir los bienes y las utilidades, según el convenio de los consortes, como evidentemente la hubiere estatuido el legislador, si ese hubiera sido su pensamiento.

20.—*Obligación de indemnizar de un cónyuge respecto del otro.*— Otro efecto del divorcio consiste en que el cónyuge culpable deberá indemnizar al inocente de todos los daños y perjuicios que le hubiere oca-

sionado por virtud del divorcio. Se comprenden en nuestro derecho los daños y perjuicios de orden patrimonial y moral, en virtud de que se considera que en el divorcio necesario el cónyuge culpable comete un hecho ilícito, y como tal obliga a reparar no sólo el daño patrimonial sino el moral, siempre y cuando éste no exceda de la tercera parte de aquél. Resulta por tanto que en los casos de divorcio, el cónyuge culpable tendrá que indemnizar los daños patrimoniales y morales, pero con el límite de que éstos no excedan de la tercera parte de aquéllos. Dice sobre el particular el artículo 288: "Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito". Desde luego aquí se ve cómo el legislador emplea correctamente la expresión "cónyuge culpable" para sancionarlo con el pago de todos los daños y perjuicios. Por lo tanto, quedan excluidos todos aquellos cónyuges enfermos que dan causa al divorcio.

Por disposición expresa del artículo 288, toda causa de divorcio que implica culpabilidad del cónyuge, se convierte en hecho ilícito.

Para el divorcio sanción, (que procede por las diferentes causas que ya hemos enumerado y que por lo tanto no comprende las enfermedades), basta con que se causen daños al cónyuge inocente, exista o no la intención en el culpable de causarlos, haya o no culpa, para que, según el artículo 288, tenga siempre este último la obligación de repararlos. En los casos del divorcio sanción, siempre se parte de un delito, de un hecho inmoral, de actos contrarios al estado matrimonial, de ciertos vicios o finalmente, del incumplimiento de obligaciones conyugales, como causas para decretar el divorcio. En consecuencia, si por virtud del divorcio, es decir, en atención a esas causas que suponen hecho ilícito, se causaron daños, ni siquiera podrá el cónyuge culpable sostener que si bien hubo conducta ilícita en la causa de divorcio, no hubo el propósito de que por esa causa se originaren daños al cónyuge inocente. La ley de plano considera, haya o no intención de causar el daño, haya o no culpa en la causación del mismo, que siempre que estemos ante una causa de divorcio sanción, existirá la obligación de reparar el daño causado. Esto lo dice claramente el artículo 288 al estatuir: "Cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito". Es decir, este precepto expresamente equipara al cónyuge culpable, con el autor del hecho ilícito, si causó daños por el divorcio.

Para el divorcio, no sólo se van a comprender los daños patrimoniales, es decir, las mermas en el patrimonio, o la privación de las ganancias lícitas, sino además los daños morales. El daño moral implica una le-

sión a los valores espirituales o estéticos de la persona, en sus afectos, en su honor, en su honra, en su prestigio, en su aspecto estético, de tal manera que aun cuando no trascienda el patrimonio, aun cuando exclusivamente el daño lesione un valor de tipo espiritual, si nace de un hecho ilícito, y además hubo daño patrimonial, el culpable deberá repararlo. El artículo 288 no distingue entre daños patrimoniales y morales. Por ello, debe interpretarse en función del artículo 1916, que dice: "Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito (es decir, en favor del cónyuge inocente), o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado".

Comentando este precepto Fernández Clérigo, piensa que nuestro Código, aunque no concede la reparación del daño moral, sí otorga la indemnización de perjuicios cuando se originan por causa del divorcio, así aparece claramente, según dice, del contenido del artículo 288. Claro que en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, como falta la base de la culpabilidad, no se origina ni el derecho de alimentos, ni la acción indemnizatoria a que acabamos de referirnos. Además, no sólo en el divorcio voluntario, sino también en el necesario, cuando la causa la constituye la locura incurable, las enfermedades crónicas o incurables, que sean contagiosas o hereditarias, y la impotencia incurable para la cópula.

Ahora bien, esta interpretación que hace Fernández Clérigo no es correcta para nuestro Código, pues simplemente tomó en cuenta el artículo 288 y no lo relacionó con el 1916. Se dejó guiar por la idea general de que los Códigos Civiles, cuando hablan de daños y perjuicios, se refieren a los daños patrimoniales y no a los morales. No tomó en cuenta que ya nuestro sistema en el Código Civil vigente, no así en los Códigos anteriores, expresamente, contra todo autor de un hecho ilícito, impone la reparación por daño moral, aun cuando no en la forma amplia como debería hacerlo.

CAPITULO VII

El Divorcio en Relación con los Problemas Fundamentales del Derecho Familiar

1.—*Idea general.*—Ya en el título primero de la primera parte de este tomo, tratamos de los problemas principales del derecho familiar. Para los fines de este estudio comparativo, sólo relacionaremos el divorcio, con los siguientes problemas: el político, el ético o moral, el sociológico y el religioso.

2.—*El problema político referido al divorcio.*—El problema político consiste en determinar si el Estado debe tener una ingerencia continua en las relaciones del derecho familiar. Se resuelve este problema en sentido afirmativo. Es decir, por estar en juego los intereses de la familia, de la sociedad y, consecuentemente, del Estado, éste sí debe intervenir en las relaciones familiares, bien en su constitución, modificación y extinción o a través de una función de supervisión, para restringir, ampliar, modificar o revocar poderes familiares.

Referido este problema al divorcio, investigaremos si concretamente en la disolución del vínculo matrimonial, el Estado debe intervenir, o puede ocurrir, como suele pasar en los demás actos jurídicos, que sin la intervención del Estado, se modifiquen, extingan o revoquen.

En todos los actos del derecho familiar, generalmente el Estado interviene para su constitución.

Nada de extraño tiene que el divorcio, como un acto de disolución del matrimonio, tenga que llevarse a cabo también ante un funcionario del Estado, y que no tenga validez alguna la disolución matrimonial, si no se autoriza mediante una resolución judicial. Sólo en el caso del divorcio de tipo administrativo, el Oficial del Registro Civil levanta el acta haciendo constar la voluntad de los consortes para divorciarse, y si ratifican esta voluntad, quedarán divorciados; pero no obstante la intervención mínima que tiene aquí un funcionario del Estado, el divorcio no puede llevarse a cabo sino por el Oficial del Registro Civil y, haciendo constar la disolución en el libro de divorcios, levantando el acta correspondiente con todos los requisitos que como solemnidades exige la ley.

En el divorcio voluntario de tipo judicial, aun cuando no existe controversia, el juez interviene para que la voluntad de los cónyuges se exprese con todos los requisitos que ya hemos analizado y, por consi-

guiente, para que no un simple convenio sin observar esos requisitos, sino precisamente un convenio regulado por la ley, sea el que pueda aprobarse, dando una intervención constante al Ministerio Público para que se oponga a su aprobación, si no reúne los requisitos legales y, además, otorgando al juez la facultad de juzgar sobre ese convenio para aprobarlo, en cuyo caso otorgará el divorcio, o para negarlo. Pero, sujeta esta resolución judicial a la revisión del órgano superior, como es la sala de apelación, ante el Tribunal Superior de Justicia.

En el divorcio necesario, evidentemente que la voluntad de los particulares es ineficaz para lograr el efecto de la disolución, porque ésta sólo puede producirse por sentencia, en la que el juez decidirá si la causa de divorcio quedó probada. Ha intervenido la voluntad del cónyuge actor para expresar a través de su demanda, que es un acto jurídico, su voluntad de separarse, pero por una causa que conforme a la ley sea bastante para operar la disolución. Evidentemente que la voluntad del juez no puede operar sino a través de la voluntad de la parte actora, que en un acto jurídico unilateral, como es la demanda, invocando una causa prevista en la ley, expresa su decisión de obtener la disolución del vínculo matrimonial. Ahora bien, es evidente que no puede considerarse que el mutuo disenso, o sea la voluntad de divorciarse, es suficiente, como ocurre en los contratos, para disolver el matrimonio. Y ello, porque el matrimonio no es un contrato. En esto justamente radica su diferencia con este último.

3.—*El problema ético en el divorcio.*—El problema ético del derecho familiar es obviamente de mayor trascendencia desde el punto de vista valorativo, que el problema político, que fundamentalmente sólo tiene por objeto regular la intervención del Estado en las relaciones familiares.

Relacionaremos el problema ético del derecho familiar con el caso específico del divorcio, partiendo de que el derecho familiar representa un máximum ético. Tal parece que el divorcio implica una solución contraria a los principios morales, y así es como generalmente se le ha considerado. Se ha pensado que el divorcio fomenta la inmoralidad en las relaciones familiares y que viene a constituir un principio de disolución de la familia misma, para a su vez motivar después, la corrupción de los hijos.

Enneccerus, Kipp y Wolff, *ob. cit.*, v. I, pág. 213.

Si tomamos en cuenta las finalidades mismas del matrimonio, creemos que desde el punto de vista moral, sí se justifica el divorcio; pero

sólo ante causas graves. Prescindiendo de cualquiera idea de tipo religioso, y exclusivamente analizando el problema desde el punto de vista moral, el matrimonio debe constituir una comunidad espiritual entre los consortes. Es decir, lo fundamental en el matrimonio no es la relación de tipo biológico o sexual.

Si el matrimonio conviene que sea mantenido por el derecho en función de sus fines, de acuerdo con esa comunidad espiritual que necesariamente deberá realizarse para lograr lo que constituye el estado matrimonial, es decir, una forma de vida en la que exista absoluta comprensión, y que pueda servir de base para la familia misma y el Estado; si esto es el matrimonio, evidentemente que será inmoral mantener una unión que sólo formalmente se produjo por la voluntad coincidente de los cónyuges ante el oficial del Registro Civil; que ya no cumple con la finalidad fundamental y que en lugar de existir esa comunión espiritual entre los consortes, existe una repulsión continua, un estado que servirá de base, en el supuesto de que hubiese hijos, para provocar su conducta inmoral, ante la discordia continua de sus padres.

Enneccerus, Kipp y Wolff, *ob. cit.*, v. I, pág. 210.

No es verdad que sólo por voluntad de los consortes, sin motivo justificado, por no existir una causa seria, se disuelva el matrimonio, sino que para evitar el escándalo y para no dar a conocer públicamente una conducta inmoral o vergonzosa, se adopta la forma de divorcio voluntario. Principalmente para proteger a los hijos, para que no conozcan el hecho grave, inmoral o delictuoso en que ha incurrido alguno de sus padres. En este aspecto, sí se justifica la posibilidad de poder regular una forma de divorcio voluntario, pero se lleva el peligro de que se abuse, como ocurre en México, de esta manera de disolver el vínculo, sin que exista en verdad un motivo grave, sino el deseo generalmente en uno de los cónyuges, o en ambos, de contraer nuevo matrimonio, o de llevar una vida de absoluto libertinaje, y entonces, evidentemente que el remedio para ocultar causas graves y escandalosas, resultó funesto.

Prescindiendo del divorcio voluntario, que es por consiguiente discutible, en las dos manifestaciones importantes del divorcio necesario, como sanción y como remedio, sí se justifica desde el punto de vista moral; pero sin abusar en cuanto a las causas de divorcio, y sin llegar, como lo hace nuestro Código Civil vigente, a equiparar graves hechos inmorales o delictuosos, con causas que en realidad no deben motivar el divorcio. Por ejemplo, la comisión de delitos que se sancionen con una pena mayor de dos años de prisión, no en perjuicio de uno de los cón-

yuges, sino de un tercero, no debe ser desde el punto de vista moral, una causa de divorcio. En cambio, la acusación calumniosa de un cónyuge contra el otro, el adulterio, el intento del marido para prostituir a la mujer, el delito en que marido y mujer incurriesen al corromper a los hijos, ciertas gravísimas injurias, sí deben ser causas de divorcio desde un punto de vista moral, pues se ha roto para siempre esa comunidad espiritual a la que aludíamos, que constituye la base, la razón de ser que justifica esa vinculación durante la vida de los consortes.

Planiol, *ob. cit.*, págs. 15 a 18.

En cambio, tal como lo hace nuestro Código vigente, pero con referencia al divorcio voluntario, cuando no hay hijos, ya la disolución afecta sólo a los cónyuges y si realmente, aunque no existiese una conducta delictuosa o inmoral, se comprueba la absoluta incompatibilidad de caracteres, debe admitirse el divorcio, pues aun cuando la misma no constituye una conducta ilícita, sino por el contrario, un fenómeno psicológico que normalmente puede ocurrir en ciertos matrimonios, a pesar de la rectitud y honorabilidad de los cónyuges, se demuestra la absoluta imposibilidad de realizar la vida en común y, en general, los fines matrimoniales por existir temperamentos, caracteres, gustos o ideales distintos, que constantemente motivan conflictos, que se hacen cada vez más difíciles y constantes, hasta llegar a constituir una incompatibilidad manifiesta para realizar el estado matrimonial. Ahora bien, si ya no puede realizarse la finalidad fundamental del matrimonio que implica una verdadera comunidad de ideas, principios, sentimientos e ideales, evidentemente que el divorcio en estas condiciones viene a desunir lo que jamás debió unirse, por existir una absoluta repulsión que pudo momentáneamente superarse, sólo por una atracción de tipo exclusivamente biológico que venció esa incompatibilidad de orden espiritual; pero que después de satisfechos los deseos sexuales, necesariamente tiene que impedir toda vida en común.

En cuanto al divorcio remedio, su justificación tiene que ser desde el punto de vista moral, en defensa de la prole en las enfermedades hereditarias y para proteger al cónyuge sano de los padecimientos contagiosos, así como a los hijos ya existentes. Es decir, una consideración en defensa de la especie, hace que el divorcio se justifique también en el terreno de la moral. Más aún, no debería dejarse a la voluntad del cónyuge sano al pedir la separación de cuerpos o en su caso el divorcio vincular, tratándose de enfermedades hereditarias e incurables, porque no debe depender de su voluntad, el que se transmita la enfermedad a los

hijos que tuviese, como tampoco deberá depender de su voluntad, cuando exista la enfermedad contagiosa, si hubiese hijos, que la misma se les pueda transmitir. No ha llegado nuestra ley al grado de decretar un divorcio obligatorio por razón de estas enfermedades que ponen en peligro la especie humana, sino que deja exclusivamente a la voluntad del cónyuge sano solicitar el divorcio, o la separación de cuerpos. No podría, por ejemplo, la acción del Ministerio Público, a instancia de los padres de los cónyuges o incluso la de los mismos hijos mayores de edad, substituirse a la voluntad del cónyuge sano. Se mantiene la acción de divorcio como personalísima, según ya hemos explicado, aun cuando en ocasiones haya un interése digno de tutela jurídica, como es el de evitar el contagio o la transmisión hereditaria de la enfermedad.

4.—*El problema sociológico del derecho de familia y su relación con el divorcio.*—Desde un punto de vista general, el problema sociológico en el derecho de familia se plantea la cuestión relativa a mantener la cohesión doméstica, es decir, lograr una solidaridad estrecha en las relaciones familiares, según las costumbres, las condiciones de cada pueblo, sus ideas morales y religiosas; debe ser, por consiguiente, el derecho familiar, la expresión más correcta desde el punto de vista de la técnica jurídica, de la solidaridad doméstica.

Tal parece que el divorcio contradice las finalidades que persigue el derecho familiar, porque en lugar de ser una institución de solidaridad, es un medio de desunión; en lugar de mantener la cohesión de la familia, viene a romper el vínculo matrimonial y, por consiguiente, a destruir un hogar, a imposibilitar el ejercicio normal de la patria potestad por ambos cónyuges. Introduce la anomalía de que la patria potestad se tenga que ejercer eclusivamente por un cónyuge en el divorcio necesario, y por ambos, en el divorcio voluntario, lo que origina indiscutiblemente un problema más serio por lo que ve al ejercicio de este conjunto de poderes, de derechos y de responsabilidades que implica la patria potestad.

Si juzgamos el divorcio desde un punto superficial, contemplando sólo la apariencia, evidentemente es una institución que tal parece que contradice los fines del derecho de familia; pero no olvidemos que se presenta, bien como sanción o como remedio ante los casos en que ya se ha roto toda solidaridad familiar. Es decir, en verdad, el divorcio no es la causa que motiva el rompimiento de las relaciones conyugales, sino al contrario, es el efecto. La causa fue el hecho inmoral, el delictuoso, el estado contrario a la vida matrimonial, que imposibilitó la vida en común. El divorcio no es sino el medio jurídico de legalizar una si-

tuación que ya se produjo, y no es, como indebidamente se le ha criticado, el medio que fomenta la desunión en la familia. Como en todos los problemas jurídicos, puede haber un abuso del derecho y existe, evidentemente, el abuso del divorcio; y entonces, en lugar de presentarse como un efecto real de una situación que desde el punto de vista de las relaciones maritales, ya es irreconciliable, sí puede crear o producir una desunión, como sucede en el divorcio voluntario, por la posibilidad que existe de disolver, sin una causa grave, el vínculo matrimonial. Psicológicamente sí se traduce en ese caso, en la causa que incita a los cónyuges a lograr su desunión, no obstante que no exista previamente esa situación de hecho que implica el rompimiento.

5.—*El problema religioso referido al divorcio.*—Para juzgar de este problema no debe cometerse el error de hacerlo en función de la religión que se profesa, porque entonces dependerá de la misma el condenar o admitir el divorcio, y claro, si se profesa la religión católica, evidentemente que dentro de los principios que el creyente tendrá que respetar, habrá una contradicción con las normas jurídicas que admitan el divorcio vincular. Por ello tendremos que juzgar el problema desde el punto de vista en que debe colocarse el jurista, contemplando el panorama general de todas las religiones. Ahora bien, en este sentido es completamente falso que la religión condene el divorcio. Hay religiones que admiten el divorcio. El mismo protestantismo fue elaborado justamente a través de ideas, como sostuvo Lutero, en las que se pensó que el matrimonio resultaba una cosa profana; que no era verdad que fuese un sacramento, ni un vínculo establecido por Dios con carácter indisoluble; de tal manera que sólo lo que Dios atase, él podría disolver a través de la muerte de uno de los consortes. La religión mahometana, por ejemplo, en su libro sagrado, el Alcorán, como conjunto de normas jurídico-religiosas que se fundan en la revelación que hizo Alah a Mahoma, admite el divorcio y se puede, mediante el juramento que ante Alah se hace, en ciertas causas de divorcio, como el adulterio, obtener la disolución, invocando al mismo Dios. En su obra sobre el "Derecho Musulmán", José López Ortiz, al referirse al libro sagrado de los musulmanes o sea, el Alcorán, nos dice: "En rigor no se debería hablar más que de una fuente del derecho en el Islam; la voluntad divina, fons essendi, de la cual la revelación sería el fons cognoscendi; pero a su vez la revelación se ha conservado de diversas maneras; directamente en el Alcorán, el libro dictado por Alah a su Profeta". (Ob. cit., pág. 20).

En una comunidad en la que pueden existir miembros de diferentes religiones, musulmanes, cristianos o budistas, etc., no hay razón para

que un derecho imponga un determinado criterio religioso, y en función del mismo se establezca, por ejemplo, que el matrimonio es un vínculo indisoluble.

Planiol, *ob. cit.*, págs. 16 y 17.

Nuestros Códigos anteriores admitieron el carácter indisoluble del vínculo, pero no en función de un criterio religioso. Por virtud de las Leyes de Reforma se separó la Iglesia del Estado y, justamente; desde que se legisló sobre el matrimonio en el Código Civil de 1870, se le consideró un acto del estado civil de las personas. Se le dio en ocasiones, de manera indebida, el carácter de contrato y todavía nuestra Constitución vigente, en su artículo 130, nos dice que el matrimonio es un contrato civil, para oponerlo a la idea religiosa del mismo. Es decir, para que desde el punto de vista de un derecho laico, que no debe admitir el criterio de una determinada religión, el matrimonio se presente simplemente como un acto del estado civil de las personas, y no como un sacramento a virtud del cual resulte indisoluble el vínculo. Es así como desde el Código de 1870 y después en el de 1884, por consideraciones no religiosas, sino por la idea de que la solidaridad familiar se mantenía a través de la indisolubilidad del matrimonio, se negó el divorcio vincular y sólo se admitió la separación de cuerpos. En el artículo 130 de la Constitución vigente se dice, por lo que toca al matrimonio: "El matrimonio es un contrato civil, éste y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil en los términos prevenidos por las leyes y tendrá la fuerza y validez que las mismas le atribuyen".

TITULO VI

FILIACION

CAPITULO I

De la Filiación en General

1.—*Filiación en sentido amplio y en sentido restringido.*—El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta, la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente contituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, de la traduc. de José M. Cajica Jr., Puebla, 1946, págs. 110 y 111.

Antonio Cicu, *La Filiación*, traduc. de Faustino Giménez Teijeiro Arnau y José Santacruz Teijeiro, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, págs. 17 y 18.

2.—*Filiación legítima.*—Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. En nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres, y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían

celebrado el matrimonio. Veremos que este hijo puede considerarse, según los casos, como legitimado, o bien, puede el marido impugnarlo; es decir, desconocer la paternidad para que ni siquiera le pueda ser imputado, menos aún gozar de los derechos de la legitimidad, que se otorgan a los hijos concebidos dentro del matrimonio de los padres.

Por la misma razón, el hijo legítimo puede nacer cuando el matrimonio de los padres esté ya disuelto, por muerte del marido, por divorcio, o por nulidad, y en esos tres casos sus legitimidad se determina por virtud de su concepción, nunca del nacimiento.

Roberto de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil,* traduc. de la 4ª ed. italiana de Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijeiro, v. II, Madrid, 1931, págs. 857 y 858.

3.—*Filiación natural.*—Además de la filiación legítima que se determina en la forma ya explicada, tenemos la filiación natural, es decir, la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio. Vuelve nuevamente a tomarse en cuenta el momento de la concepción que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo o máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio.

Se distinguen diferentes formas de filiación natural: la simple, la adulterina y la incestuosa. La filiación natural simple es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre, es decir, no había ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio, si se hubiese celebrado. Simplemente el hijo fue procreado por un hombre y una mujer que pudieron unirse en matrimonio, pero no se unieron. En cambio, la filiación natural se llama adulterina, cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido, o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa. El hecho de que uno de los progenitores esté unido en matrimonio con tercera persona, hará que el hijo sea natural-adulterino. Por último, la filiación natural puede ser incestuosa cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impide el matrimonio, sin celebrar éste. Es decir, entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; entre hermanos, o sea, parientes en la línea colateral en segundo grado, sean hermanos por ambas líneas o medios hermanos y, finalmente, entre parientes en línea colateral de tercer grado: tío y sobrina, o sobrino y tía, aun cuando este es un parentesco susceptible de dispensa. De no haberse dispensado y no habiéndose celebrado el ma-

trimonio, como el hijo fue procreado por esos parientes fuera del mismo, se le considera incestuoso.

4.—*Filiación legitimada.*—Además de la filiación legítima y la natural, existe la legitimada, que es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él o éstos los reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración.

Caben dos casos, por consiguiente, de hijos legitimados: a) Para los hijos que nazcan dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de sus padres, y b) Para los hijos que hubieren nacido antes de dicho matrimonio.

En cuanto al primer caso, nos referiremos al mismo, en el número siguiente.

El segundo caso de hijos legitimados, se refiere a los que nacieren antes del matrimonio de sus padres.

Dice al efecto el artículo 354: "El matrimonio subsecuente de los padres, hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración". Hay aquí una equiparación del hijo legítimo con el legitimado por virtud del matrimonio subsecuente de los padres, pero además se agrega que deberá existir el reconocimiento. Respecto de la madre no se necesita, cuando conste su nombre en el acta de nacimiento. Tampoco en cuanto al padre, si también se hubiesen hecho constar su nombre en la misma. Estatuyen los artículos 355 y 356: "Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres junta o separadamente". "Si el hijo fue reconocido por el padre y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no se necesita reconocimiento expreso de ésta para que la legitimación surta sus efectos legales. Tampoco se necesita reconocimiento del padre, si ya se expresó el nombre de éste en el acta de nacimiento".

5.—*Filiación legitimada por ministerio de la ley.*—Comprende el caso especialísimo del hijo que nació dentro de esos ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero que tampoco fue impugnado ejercitando el marido la acción contradictoria de paternidad, y sin que haya una declaración expresa en el Código Civil, como

también ocurre en el Código Napoleón. A este hijo se le llama legitimado por ministerio de la ley. En cambio, a los otros hijos se les llama legitimados por reconocimiento expreso, debido primero al subsecuente matrimonio de los padres, y después, a la declaración que directamente hagan reconociendo al hijo concebido o nacido antes de su matrimonio.

6.—*Maternidad y paternidad.*—La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido. En cambio, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino sólo presumirse. Además, para poder determinar quien es el padre, es necesario conocer quien es la madre.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, pág. 111.

En principio, si la maternidad es desconocida, no se puede investigar la paternidad, porque es a través de la madre como podemos llegar, con ciertos elementos, con ciertas presunciones, hasta al padre. Se exceptúa el caso expreso de reconocimiento del padre, sin declarar el nombre de la madre. O cuando el hijo aparece en el acta de nacimiento como de madre desconocida y existe el reconocimiento expreso del padre, o a través del juicio de investigación de la paternidad, el juez la declara.

7.—*Los elementos de la maternidad.*—La maternidad supone dos elementos: uno, el hecho del parto; otro, la identificación entre el ser que se da a luz en el parto y el que después pretende serlo.

Ruggiero, *ob. cit.*, v. II, págs. 855 y 856.

Para los efectos jurídicos, trátese de la filiación legítima o de la natural, el hecho de la maternidad resulta, por consiguiente, de la prueba de que una mujer dio a luz un determinado hijo y, que éste después se identifica como aquél que pretende el carácter de tal, para deducir algún derecho o ejercitar alguna acción, en materia de alimentos, de herencia, o simplemente para defender su estado de hijo y tener el nombre, la fama y la calidad de tal. Por esto el artículo 360, aun cuando se refiere a la filiación natural, pero con aplicación a todo tipo de filiación materna, nos dice en su primera parte: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento".

Ante la prueba del parto, por testigos o por el acta de nacimiento, si consta el nombre de la madre, ya el hijo sólo tiene que demostrar su identidad. Es decir, tendrá que comprobar que aquel sujeto al cual se

refiere el acta de nacimiento, o al que aluden los testigos, es el mismo que está pretendiendo su calidad de hijo para los efectos legales consiguientes.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, pág. 116.

8.—*La filiación como estado jurídico.*—La filiación constituye un estado jurídico, en cambio la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, son hechos jurídicos. El estado jurídico consiste en una situación permanente de la naturaleza o del hombre que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación, se continuarán produciendo esas consecuencias.

Por lo que se refiere a la filiación, encontramos una situación permanente que regula el derecho y que se origina no sólo por virtud de el hecho de la procreación, sino que supone además otros elementos, para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y obligaciones durante toda la vida del progenitor o del hijo y que no va a desaparecer, por consiguiente, como ocurre con ciertos estados que se extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo, en razón de su edad, como ocurre con el estado de minoridad o de mayoría de edad o de incapacidad por enajenación mental, cuando se recobra el uso de la razón.

9.—*El hecho jurídico de la procreación, y el estado jurídico de la filiación.*—Debemos diferenciar el hecho jurídico de la procreación del estado jurídico que constitutye la filiación. En el hecho jurídico de la procreación, simplemente el derecho toma en cuenta la paternidad o la maternidad, es decir, el vínculo consanguíneo que une al hijo con el padre o con la madre. En cambio, en el estado jurídico de la filiación, se puede partir de este hecho biológico, que crea el vínculo de consanguinidad, pero además interviene una situación reconocida por el derecho, que no necesariamente corresponde a la procreación, como ocurre en el reconocimiento del hijo, aun cuando no haya vínculo consanguíneo, o en la filiación adoptiva, en donde expresamente la ley da al adoptado el estado jurídico de hijo, con todos sus derechos y obligaciones, partiendo de que no existe el hecho biológico de la procreación y, por consiguiente, el vínculo de la consanguinidad.

Cuando la filiación se funda en la procreación misma, a su vez tenemos que distinguir el simple hecho como fenómeno aislado, que el

derecho toma en cuenta y la situación permanente que se desprenderá si el hijo tiene realmente dentro de la familia del padre o de la madre, la calidad de hijo a través del nombre, del trato y de la fama.

10.—*La filiación y los hechos jurídicos de la concepción del ser, la gestación y el nacimiento.*—Indiscutiblemente que los hechos jurídicos aislados de la concepción del ser, la gestación y el nacimiento, producen sus consecuencias de derecho, porque en la concepción del ser y en la gestación, siempre tendremos un hecho jurídico perfectamente cierto y conocido para originar consecuencias entre el ser simplemente concebido y la madre. De ahí que el derecho, según hemos explicado, atribuya personalidad jurídica al ser concebido y no necesite del nacimiento para darle esa personalidad, sino que en rigor la tendrá sujeta a la condición resolutoria negativa, consistente en que nazca muerto o no nazca viable, casos en los que destruye la personalidad que se había otorgado desde el momento de la concepción. Estas consecuencias que se producen simplemente por el hecho jurídico de la concepción, o a través de la gestación, para proteger al embrión humano o al feto y para sancionar el aborto penalmente, difieren radicalmente del estado jurídico que se iniciará hasta el nacimiento. Antes de éste, no puede nunca plantearse un problema de filiación para los efectos de atribuir ese estado de derecho de que venimos hablando, porque puede el feto nacer muerto o no ser viable, y entonces la ley prohibe expresamente que se plantee el problema de filiación; pero como desde el momento de la concepción puede existir el derecho a heredar, a recibir donaciones o legados de cualquier persona extraña, para estos efectos jurídicos concretos, evidentemente que se toma en cuenta el hecho jurídico de la procreación misma, siempre y cuando no se destruya la personalidad, porque ocurra la condición resolutoria negativa de que el ser nazca muerto o no sea viable.

En cambio, el estado jurídico de la filiación podrá iniciarse a partir sólo del nacimiento y siempre respecto de los seres viables; pero si este hecho inicia el estado jurídico de la filiación, no necesariamente lo constituye, porque si no se combina con los otros hechos jurídicos que vendrán a implicar el trato, la fama y el uso del apellido paterno o materno, sólo estaremos ante un fenómeno biológico del que no necesariamente tendrán que desprenderse las distintas consecuencias que sólo a través del tiempo y por otros hechos complementarios vendrán a integrar el estado jurídico de la filiación.

11.—*El sistema mexicano y el europeo.*—En este aspecto nuestro sistema jurídico difiere radicalmente de los sistemas europeos, en virtud

de que nosotros damos tanto a la filiación legítima, como a la natural, todos los efectos y consecuencias jurídicas de un verdadero estado de derecho, es decir, de esta situación permanente del hijo, no sólo en relación con el padre o con la madre, sino también con la familia paterna y materna y con el grupo social al cual pertenezca el progenitor.

En cambio, en el derecho europeo, sólo la filiación legítima permite esa relación jurídica del hijo dentro de la familia paterna y materna, con su proyección al orden social y, por consiguiente, la calidad de hijo se establece con toda la parentela en la línea directa ascendente y descendente, sin limitación de grado y en la línea colateral, para aquellos parientes que sin descender los unos de los otros, reconocen un ascendiente común, como va a ocurrir con los hermanos, primos hermanos, tíos, sobrinos, etc. Sólo a través del matrimonio se estima en el derecho europeo que el hijo mantiene su situación frente a toda la familia paterna o materna y, por consiguiente, tendrá también, no sólo el nombre y el trato, sino la fama en sociedad.

Ruggiero, *ob. cit.*, v. II, págs. 854 y 855.

En cuanto a la filiación natural, se comete la injusticia, por un prejuicio fundamentalmente religioso, de negar al hijo su derecho a ser miembro de una familia, y su posibilidad de vincularse a través de la familia paterna o materna, para reducir sólo la filiación a un vínculo estrecho entre el padre o la madre y el hijo, (y algunos ordenamientos, como el Código Civil alemán, llegan al extremo de regular la filiación natural sólo como un vínculo entre la madre y el hijo; pero no entre el padre y el hijo). El hijo tendrá exclusivamente relaciones jurídicas, siendo natural, con su padre o con su madre, como ocurre en el sistema francés o en el italiano. Todos los derechos reconocen que aun cuando sea hijo concebido fuera de matrimonio, la relación con la madre necesariamente tendrá que mantenerla, pero le niegan la posibilidad de tener derechos y obligaciones en materia de alimentos, de herencia y de patria potestad, respecto a los demás ascendientes, es decir, abuelos, bisabuelos, etc., así como en cuanto a todos los parientes colaterales. Materialmente al hijo se le sustrae de la familia que por consanguinidad le corresponde. Se le aísla de ella, y sólo para efectos muy concretos, en una condición de absoluta inferioridad desde el punto de vista jurídico y social, se le atribuyen derechos frente al padre o la madre, y siempre que quede probado el hecho de la paternidad, que es muy difícil de justificar, o el de la maternidad, que aun cuando es fácil de acreditar por medios directos, puede ocurrir que en ocasiones el hijo

se registre como de madre desconocida, y no tenga a través del tiempo manera de investigar su maternidad.

En México, por las ideas que sustentó Venustiano Carranza como jefe del ejército constitucionalista y del movimiento revolucionario, a través de algunos jurisconsultos, se sostuvo por primera vez la idea de equiparar al hijo legítimo con el natural, para atribuirle el mismo estado jurídico; para relacionarlo, por consiguiente, con toda su parentela en virtud del vínculo consanguíneo y no a través del matrimonio, y para darle un estado integrado por un conjunto de derechos, no sólo para heredar, exigir alimentos y llevar el apellido del padre o de la madre, sino también para que goce de la protección jurídica que otorga la patria potestad, limitando sólo sus consecuencias, en la misma forma en que se hace respecto de los hijos legítimos. Es decir, que a falta de los padres, corresponderá esa gran responsabilidad a los abuelos, primero paternos y después maternos, porque se piensa que dentro de una idea de justicia, el hijo o el nieto no debe quedar desamparado por la forma en que fue procreado, sino que se está ante el problema humano de que hay un ser, de que debe ser protegido, de que merece toda la protección del Estado para que no se le desampare en el desgraciado caso, por ejemplo, de que muriesen sus padres y viviesen sus abuelos. Un prejuicio de tipo religioso o social, va en contra de una idea moral, genuinamente cristiana. Jamás el cristianismo puede tolerar que respecto del hijo engendrado fuera de matrimonio se cometa la injusticia de desampararlo. Por ejemplo, que el nieto no tenga todos los derechos, toda la protección y el cuidado que a falta de sus padres deberán darle sus abuelos, paternos o maternos.

Por esto creemos que en el fondo es una idea cristiana, el convertir a los hijos naturales en verdaderos hijos, con todos los derechos y obligaciones que tienen los hijos legítimos. Es infinitamente más valioso el principio cristiano de tratarlos como seres humanos, de no desampararlos social y jurídicamente, frente a ese otro prejuicio de carácter social o religioso, frente a esa idea de querer en esa forma indirecta fomentar las uniones matrimoniales, a costa de los hijos naturales, para repudiarlos siempre, para presentarlos como odiosos, para expulsarlos del seno de la familia y en su caso, para condenarlos socialmente.

12.—*Forma distinta de probar la filiación legítima y la natural.*— El equiparar como lo hace el sistema mexicano, la filiación legítima con la natural, por lo que toca a los derechos y obligaciones de los hijos, no quiere decir que se les iguale en cuanto a la prueba. Siempre la filiación legítima tendrá una forma privilegiada de prueba muy distinta

de la natural. Pero aquí no hay una distinción odiosa o injusta. Hay una distinción que impone la naturaleza misma de las cosas, que referida a las personas significa que en un caso hay la procreación dentro de una situación conocida, como es el matrimonio en las relaciones sexuales de marido y mujer; y en el otro, es una procreación en relaciones que generalmente son accidentales, ocultas y desconocidas, y que sólo podemos tener certeza de la maternidad, pero ignoramos generalmente la paternidad.

13.—*Valor de la presunción juris tantum de paternidad en el matrimonio y en el concubinato.*—Cuando se origina un concubinato entre hombre y mujer, es decir, un trato sexual continuo, bajo el mismo techo, en forma pública y notoria, entonces el modo de determinar la paternidad va a ser el mismo, tanto en la filiación legítima, como en la natural. Es decir, en ambos casos se va a presumir, como tendrá que hacerse en toda paternidad, ante la falta de pruebas directas, que el hombre que mantiene relaciones sexuales continuas con una mujer, es el que ha engendrado el hijo que ésta dé a luz, partiendo de que el nacimiento ocurra después de ciento ochenta días de que comenzó esa relación sexual continua por virtud del matrimonio o del concubinato. Y esta presunción de paternidad que se desprende simplemente de la naturaleza de las relaciones conyugales, o sexuales, dentro de una posibilidad humana para inferir de un hecho conocido, (o sea que un hombre mantiene relaciones con una mujer), un hecho desconocido, (que él es el que engendró al hijo que esa mujer dio a luz), no podrá presentarse en las relaciones simplemente accidentales, ocultas, desconocidas, que generalmente la propia mujer no quiere o no puede determinar.

CAPITULO II

De la Filiación Legítima en General

1.—*Prueba de la filiación legítima en cuanto a la madre.*—La filiación legítima en cuanto a la madre resulta siempre de dos hechos susceptibles de prueba directa: a) el parto o alumbramiento de la mujer casada; y b) La identidad del reclamante con el hijo que esa mujer dio a luz.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, págs. 123 a 125.

2.—*Valor del acta de nacimiento.*—La prueba perfecta de la maternidad quedará constituida por el acta de nacimiento, unida a la del matrimonio, siendo éstas un título oponible no sólo a la madre, sino también a su esposo y, además, valedero erga omnes, es decir, frente a todo mundo.

Cuando falte el acta de nacimiento, tendrá que acreditarse la filiación legítima respecto a la madre, mediante prueba de testigos. Puede ocurrir (aun cuando esto sea excepcional y monstruoso), que una madre de acuerdo con su esposo, e incluso contra la voluntad de éste, pretenda no registrar al hijo para desconocerlo y eliminarlo completamente del seno de su familia. Cuando al correr del tiempo se presentase a este hijo el problema de acreditar su filiación legítima, tendría que justificar que una mujer casada dio a luz en cierta fecha un hijo, y que éste es él, es decir, el que en un momento dado pretende que se le reconozca como tal.

3.—*Identificación del hijo.*—El segundo elemento para acreditar la filiación legítima, relativo a la identificación del hijo, es en ocasiones más difícil de prueba, pero dependerá, por ejemplo, del medio social. En las pequeñas localidades en que se mantiene el contacto directo con un cierto hijo nacido de matrimonio desde el día de su nacimiento hasta el momento en que reclama su filiación, es fácil la prueba relativa a la identidad del hijo, por existir múltiples testigos a quienes conste ese hecho. La prueba de testigos, tanto respecto del parto como de la identidad del hijo, puede ser absolutamente firme, coincidir todos los testigos en los hechos esenciales, para que el juez tenga elementos de convicción suficientes a fin de concluir respecto a la maternidad.

4.—*Alcance de la prueba testimonial en cuanto a la filiación legítima.*—En tanto que el acta de nacimiento es un título perfecto para el hijo legítimo, no sólo frente a la madre, sino también respecto a su marido, y, además, con un alcance absoluto oponible a todo el mundo en las distintas relaciones jurídicas que pudieran presentarse; la prueba de testigos para acreditar la filiación respecto de la madre, puede tener un doble alcance según el procedimiento en donde se rinda. Si es en un caso concreto para exigir alimentos a la madre, o para comparecer como heredero de ésta, esa prueba no es oponible al marido de la madre, ni a los parientes en general que se tengan en la línea paterna y en la materna. Sólo tiene valor en el caso concreto para el derecho que se pretenda hacer valer, es decir, para exigir alimentos, para que sea reconocido como heredero en la sucesión de la madre. En cambio si esa prueba se rinde en

el juicio de investigación de la maternidad, acreditando todos los elementos de la posesión de estado de hijo legítimo, tendrá un alcance absoluto, como el acta del nacimiento, es decir, será oponible a todo el mundo, valedera erga omnes, por virtud de la sentencia que declare acreditada la maternidad.

5.—*Valor y alcance de la sentencia que declare la maternidad legítima.*—Si a través del juicio ordinario de investigación de la maternidad legítima se acredita ésta respecto a la madre con prueba de testigos y el juez en la sentencia la reconoce, este título tendrá el mismo valor que el acta de nacimiento. Es decir, aquí la sentencia substituye el acta de nacimiento del hijo de la mujer casada, para que tenga un alcance absoluto, no sólo frente al marido que legalmente tendrá que presumirse como padre, sino frente a todos los parientes de la línea directa y de la línea transversal, para que se puedan deducir ya con ese título, que es una sentencia que ha determinado al propio tiempo la filiación, paterna y materna, todos los derechos inherentes al estado de hijo legítimo en las distintas relaciones jurídicas que pudieren presentarse, tanto de orden patrimonial como extrapatrimonial.

Conforme al artículo 340, la filiación de los hijos legítimos se prueba con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio de los padres.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, págs. 137 y 138.

6.—*Casos en los que falta el acta de matrimonio de los padres.*—Puede ocurrir, por lo que toca a la madre, que en un momento dado no se pueda acreditar que fue casada, no obstante que en el acta de nacimiento del hijo, aparezca éste como de matrimonio. Según el artículo 340 no bastaría su acta de nacimiento, tendría que acreditar el matrimonio de los padres con la partida correspondiente. Se hace sin embargo una excepción: puede justificarse la filiación legítima acreditando la posesión de estado de hijo legítimo, cuyos elementos después indicaremos, y a falta de esta posesión, puede incluso probarse mediante testigos, siempre y cuando hubiere un principio de prueba por escrito. Todavía más, dispone la ley que si hubiere hijos nacidos de dos personas que públicamente vivieron como marido y mujer y que por ausencia, por enfermedad o por muerte, fuerte imposible determinar el lugar en que se casaron, de tal manera que no pudiera exhibirse el acta de matrimonio, no por esa circunstancia, se les negará el carácter de hijos legítimos, si acreditan que sus padres vivieron públicamente como marido y mujer,

siempre y cuando esta situación no esté contradicha en el acta de nacimiento. Es decir, que en el acta de nacimiento no conste que el hijo es natural; pero si de ella apareciere que es hijo de matrimonio, la falta del acta matrimonial podrá suplirse en la forma que acabamos de indicar, y que estatuyen los artículos 341 y 342. Dice este último precepto: "A falta de actas, o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de hijo nacido de matrimonio, (se refiere la ley a filiación legítima). En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito (por ejemplo, las actas parroquiales, de bautizo y de matrimonio; cartas o correspondencia de las cuales se desprenda el reconocimiento que haga la madre o del padre de que el hijo es de matrimonio) o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión".

Quedará al criterio del juez, a falta de un principio de prueba por escrito, admitir indicios o presunciones que considere bastante serios o graves, para relacionarlos con la prueba de testigos y llegar a concluir, para los efectos de la filiación legítima, no sólo que el hijo tiene tal calidad, sino que quedó acreditado el matrimonio de sus padres, en esa relación jurídica concreta del hijo frente al padre o la madre.

7.—*Prueba de la filiación legítima en cuanto al padre.*—Demostrada la filiación materna, el derecho presume la filiación paterna.

Se tiene que partir para esta presunción que admite prueba en contrario, de la honestidad y fidelidad de toda esposa. Si no se partiese de este principio, se impondría al hijo de la mujer casada una prueba imposible, tendría que demostrar que fue precisamente engendrado por el marido de su madre, y esto sería sencillamente desquiciar el orden familiar. Sería poner en duda la fidelidad de la esposa, y arrojar sobre el hijo una prueba que, aun cuando a base de una investigación indirecta, partiría siempre de imputar infidelidad a la madre sin que hubiese un problema planteado por el marido. Es decir, sin un desconocimiento o impugnación de legitimidad por parte de éste.

Cicu, *ob. cit.*, págs. 21 y 22.
Federico Puig Peña, *Tratado de Derecho Civil Español,* t. II, Derecho de Familia, v. II, Paternidad y Filiación, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 16 y 17.

Conforme a esta presunción que nuestro artículo 324 reconoce, demostrada la filiación en cuanto a la madre, queda definida la filiación

en cuanto a su marido y, por lo tanto, el hijo se presume legítimo. De ahí que diga el artículo 324: "Se presumen hijos de los cónyuges: I.—Los hijos nacidos después de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio. II.—Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

CAPITULO III

Impugnación de la Paternidad y de la Legitimidad

1.—*Hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio.*—Los hijos de la esposa que nacieren dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, ya no tienen la presunción de legitimidad, pero quedan legitimados de pleno derecho en virtud del matrimonio de sus padres, siempre y cuando no ejercite el marido la acción contradictoria de paternidad.

Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, págs. 16 a 20.

Ahora bien, ¿qué es lo que tiene que probar el marido si intenta la acción contradictoria de paternidad en cuanto al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio? En la doctrina francesa generalmente se considera que basta que el marido niegue la paternidad, es decir, haber sido autor del embarazo, para que ya no tenga que rendir prueba alguna. Será la madre o el hijo a través de su tutor, quienes tendrán que demostrar que, aun cuando el nacimiento ocurrió dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, el marido fue el autor del embarazo; y será suficiente generalmente la prueba de la relación sexual anterior al matrimonio.

Calixto Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español*, 2ª ed., t. IV, Talleres Tipográficos "Cuesta", Valladolid, 1921, págs. 385 y 386.

2.—*Hijos nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio.*—En cuanto a los hijos nacidos después de los cienta ochenta

días de celebrado el matrimonio, su presunción de legitimidad es muy fuerte, es casi absoluta. Ya hemos explicado que sólo el marido podría impugnar la legitimidad, demostrando que le fue *físicamente imposible* tener cópula carnal con su esposa en los primeros ciento veinte días, de los trescientos anteriores al nacimiento. Acreditada la falta de relación sexual en esos primeros ciento veinte días, queda descartada la posibilidad de que el marido sea el autor del embarazo, porque entonces nos quedaría un término de ciento ochenta días, si los restamos a los trescientos que la ley considera como un término máximo del embarazo. Y entonces, naturalmente, si hubo relación sexual entre los esposos, fue después de esos ciento veinte días, lo que impediría que el hijo nacido pueda imputarse al marido. Por ejemplo, hubo la relación sexual cien días antes del nacimiento. Evidentemente, ya no podrá imputarse ese hijo al marido.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, págs. 143 a 149.
Valverde, *ob. cit.*, t. IV, pág. 390.

3.—*Adulterio de la esposa con ocultamiento del hijo.*—Un segundo caso en que el marido puede impugnar la legitimidad, sin necesidad de rendir una prueba directa de la imposibilidad de relación sexual, se refiere al adulterio de la esposa combinado con el ocultamiento del hijo. Según el artículo 326: "El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa". En consecuencia, si la mujer confiesa el adulterio o en su caso, si el marido lo prueba y además se demuestra que se le ocultó el nacimiento, estos dos hechos relacionados serán bastantes, independientemente de que haya habido relaciones sexuales entre los esposos, para considerar que el hijo no es legítimo. Se parte de esta presunción: si la mujer oculta el nacimiento y esto tiene que hacerlo de manera sistemática desde que el embarazo ya se hace notorio, quiere decir que por una conducta premeditada, sin pasiones, sin idea de venganza, sin el deseo de causar una deshonra al marido, en realidad oculta la existencia del hijo que ha concebido, porque está segura que no es de él. En cambio, el simple dicho de la madre puede tener por objeto ofender al marido, causarle deshonra, hacer esa confesión en un momento de disgusto, de coraje, y no ser en verdad cierto que la madre hubiese cometido adulterio, y menos aún, que pudiera tener la certeza de que el hijo es de un hombre distinto de su marido. Por eso la ley no

le otorga valor a la simple confesión de la madre, pero si toma muy en cuenta que la esposa se oculte durante la gestación, ya que no bastaría con que se oculte el momento del nacimiento, si el marido se diese cuenta ya del embarazo, por ser notorio. Por lo tanto, la esposa tiene que impedir que pueda su marido verla; tiene que mantenerse a distancia de él. Todo esto demostrará que la esposa en realidad no lo hace por ofender al marido, o por un momento de pasión o de venganza, sino exclusivamente porque reconoce su adulterio, y sabe además, por las relaciones íntimas que tuvo con otro hombre, que éste es el autor de ese embarazo, y entonces por eso la ley toma en cuenta la prueba del ocultamiento, por ser definitiva. La jurisprudencia francesa llega al grado de suprimir la prueba de adulterio, porque considera que ésta es innecesaria. Es decir, justificado el ocultamiento del embarazo notorio y del nacimiento, lógicamente queda acreditado el adulterio. Nuestro artículo 326 no permite esta conclusión, porque dice: el marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado. Exige el precepto que el marido alegue adulterio de la madre y pruebe éste; pero no será bastante la confesión expresa de la misma, incluso afirmando que el hijo no es de su esposo, a no ser que el nacimiento se le hubiere ocultado.

4.—*Hijo nacido después de los trescientos días siguientes a la separación judicial en los casos de divorcio o de nulidad del matrimonio.*— Cuando existe divorcio o juicio de nulidad del matrimonio, se presenta una situación especial, por cuanto que puede el hijo nacer después de los trescientos días siguientes a la separación judicial, pero antes de que se dicte la sentencia de divorcio o de nulidad. Por consiguiente, existe aún el matrimonio. El hijo fue concebido por la esposa durante su matrimonio. Sólo que debido a la separación judicial de los consortes, nació después de los trescientos días de que se llevó a cabo esa separación y entonces entran en conflicto dos principios: a).—El primero considera en términos generales que todo hijo concebido por la esposa durante su matrimonio, es legítimo. En la especie, el hijo fue concebido durante el matrimonio y puede incluso nacer subsistiendo éste, porque los juicios de divorcio o de nulidad en ocasiones se prolongan por años y mientras no se pronuncie la sentencia definitiva que cause ejecutoria, el matrimonio subsiste. b).—El segundo principio se refiere a que la presunción legal de legitimidad del hijo se debe a que el marido hace vida conyugal con su esposa; de que no hay un obstáculo material o legal que impida la cohabitación, tanto en el sentido de vivir bajo el mismo techo, como

en la posibilidad de la relación sexual. La ley evidentemente parte de una presunción legal para imputar al marido los hijos de su esposa, cuando en condiciones normales existen las relaciones sexuales y, por consiguiente, si en la época que se presume de la concepción, esta situación normal existía, lo natural, lo humano, lo necesario para la estabilidad de la familia y para la protección del hijo, es considerar que fue engendrado por el marido de la madre; pero cuando este principio de cohabitación y de posibilidad de relación sexual se impide legalmente a través de la separación judicial de los consortes, no obstante que su matrimonio subsista, lo probable es que no haya existido la cópula carnal entre ellos, aun cuando cabe evidentemente la posibilidad humana de que el marido tenga relación sexual con su esposa a pesar de estar en trámite el juicio de divorcio o de nulidad, pero esta posibilidad es muy relativa ante el hecho real de que los consortes están separados, y por ello basta entonces que el marido en esas condiciones contradiga la legitimidad, sin exigirle prueba especial, para que sea la madre, o el hijo a través de su tutor, quienes reporten la carga de la prueba en el juicio, y quienes tengan que aportar al juez elementos suficientes de convicción para acreditar que el marido fue el autor del embarazo, no obstante la separación de los consortes, si ésta no se llevó a cabo en realidad, o se prueban las visitas del marido a la esposa, las circunstancias en que se llevaron a cabo, especialmente la hora o su carácter de íntimas, aun cuando no se pueda justificar, porque no es un hecho que se realice ante testigos, el momento preciso de la relación sexual.

Federico Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, pág. 22.
Valverde, *ob. cit.*, t. IV, págs. 392 y 393.

5.—*Hijo nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.*—Un tercer caso se presenta cuando el hijo nace después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, por muerte del marido, por sentencia definitiva de divorcio o de nulidad.

Este es un caso especial en que cualquiera que tenga interés jurídico y no sólo el marido, podrá impugnar no la legitimidad, que ya de pleno derecho queda desconocida, sino la paternidad. Dice el artículo 329: "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación."

Conforme a nuestro artículo 345: "Mientras el marido viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio." Es decir, sólo el marido tiene la acción contradictoria

de legitimidad, para destruir la presunción que a los hijos concebidos durante el matrimonio otorga el artículo 324. En cambio, la acción contradictoria de paternidad, respecto del hijo nacido después de trescientos días de disuelto el matrimonio, podrá intentarse por toda persona a quien perjudique la filiación.

Planiol, *ob. cit.*, págs. 138 a 141.

6.—*Hijo nacido después de trescientos días de que se declaró la ausencia del marido.*—Un último caso se presenta para el hijo nacido después de trescientos días de que se declaró legalmente la ausencia del marido.

Desde el punto de vista jurídico se reputa ausente aquel cuyo paradero y su existencia misma se ignoran. Por lo tanto, en el momento en que se le declare judicialmente ausente, después de haber sido llamado por edictos para que se presente al lugar de su último domicilio, y no compareciere, se considera que hay una incertidumbre absoluta respecto a su existencia misma. Ni se puede afirmar que viva, ni se puede considerar que hubiere muerto. Por esto el matrimonio subsiste respecto del ausente, dada la posibilidad de que viva. Ahora bien, si el matrimonio subsiste respecto del ausente, volveremos a encontrar un conflicto entre los dos principios a los que ya nos hemos referido. Por una parte se consideran hijos legítimos los concebidos por la esposa durante su matrimonio. Es así que la ausencia no origina disolución del matrimonio, luego entonces, el hijo nacido después de trescientos días de que se declaró legalmente la ausencia del marido, sería hijo legítimo. Por otra parte esta presunción de legitimidad, según hemos explicado, sólo se funda en la posibilidad real de la cohabitación, de las relaciones sexuales. Por consiguiente, la ley parte, como en todos los casos, de situaciones normales. De manera que para que el hijo concebido por la esposa se considere legítimo y se impute al marido, debe haber siempre la posibilidad material de la relación sexual. Tratándose de los ausentes, evidentemente que no se cumple con este segundo principio que además de la existencia del matrimonio, requiere la posibilidad material de la cópula carnal entre los consortes. Como la ausencia legalmente declarada parte de la base de que se ignora la existencia del ausente, no puede entonces considerarse que pudo tener relación carnal con su esposa, porque entonces estaríamos ya en el caso del ausente que reaparece, y sólo nos hemos planteado el problema del hijo que nace después de los trescientos días de que se declaró la ausencia del marido, sin que en esos trescientos días hubiese regresado.

La ley no tiene una solución especial, pero nos da un principio general en materia de ausencia, conforme al cual todo aquel que pretenda derechos respecto a la persona del ausente y que requieran su existencia, debe demostrarla. Si no prueba que en el momento en que pretende derivar su derecho, que a su vez depende de que el ausente viva, éste realmente existe, ese derecho no tendrá base alguna para ser exigible. Dice el artículo 715: "Cualquiera que reclame un derecho referente a una persona cuya existencia no esté reconocida, deberá probar que esa persona vivía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirir aquel derecho."

Según Planiol, la tesis que considera legítimo al hijo, no obstante que nazca después de trescientos días de que se declaró la ausencia del marido, presume que éste vive aún, lo que es contrario al sistema de la ley en materia de ausencia, porque la ley no presume que viva, ni que haya muerto. La ley admite lo único que puede admitirse: incertidumbre absoluta. En cambio, la tesis de que el marido ausente vive, parte de una hipótesis que el régimen de la ausencia no admite.

7.—*Términos que rigen para la acción contradictoria de legitimidad.*—Es esta la acción que tiene que entablar el marido para destruir la presunción de legitimidad que se otorga a los hijos nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, o a los que nacieren dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. Aquí también comprendemos los hijos que nacieren después de los trescientos días de la separación judicial, en los casos de divorcio o de nulidad, pero antes de que transcurran trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia que se pronuncie en dichos juicios. Además, por una asimilación que la ley establece protegiendo al hijo que nazca dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, se ha considerado que también el marido debe ejercitar acción contradictoria de paternidad, respecto del mismo, porque su silencio equivale a admitirlo como propio, aun cuando esta acción prosperará simplemente por la negativa del marido. La ley presume que si no objeta la legitimidad, acepta a ese hijo como suyo; pero basta con que la objete, para que la acción de contradicción de paternidad prospere, a no ser que se esté en alguno de los casos que regula el art. 328.

Ruggiero, *ob. cit.*, v. II, pág. 860.

Estas distintas acciones que puede entablar el marido para negar la legitimidad de los hijos nacidos en tales condiciones, según el artículo 330, deben ejercitarse en el breve plazo de sesenta días, que se cuentan

en condiciones tales de que el marido tenga tiempo suficiente para poder contradecir la legitimidad. Corre el plazo de sesenta días si está presente cuando nazca el hijo, a partir de ese momento. Si está el marido fuera del lugar del nacimiento, a partir del día en que regrese y tenga conocimiento del mismo; y si se le oculta el nacimiento, a partir del día en que descubra el fraude.

Messineo, *ob. cit.*, t. III, pág. 133.

8.—*Caso especial del hijo que naciere estando pendiente de decisión el juicio de amparo interpuesto en contra de la sentencia que declaró el divorcio o la nulidad del matrimonio.*—Para los efectos del artículo 327, debemos considerar que es sentencia definitiva la que se dicta en primera instancia, si no es apelada, o bien la que se pronuncie en segunda instancia, no obstante que en su contra se interponga demanda de amparo directo. En efecto, para las consecuencias que regula el Código Civil y el de Procedimientos Civiles, la sentencia de segunda instancia ya es definitiva. El amparo no es un recurso más que impidiese darle carácter definitivo a la sentencia. Por el contrario, el amparo directo sólo puede promoverse contra sentencias definitivas, que según el artículo 46 de la Ley de Amparo, son aquellas que resuelven el juicio en lo principal y ya no admiten ningún recurso dentro del procedimiento común. Por lo tanto, cuando una sentencia definitiva de divorcio o de nulidad de matrimonio, se impugna mediante el amparo directo, ya es para los efectos el artículo 327, en relación con el 324 del Código Civil, una sentencia que ha disuelto el matrimonio. En consecuencia, si el hijo naciere después de los trescientos días de dictada esa sentencia definitiva, aun cuando esté pendiente el amparo ante la Suprema Corte de Justicia, ya ese hijo fue concebido, según la ley, cuando el matrimonio estaba disuelto.

Creemos que si a esta conclusión llegamos dentro de la lógica misma del juicio de amparo, (que repetimos, no es un recurso, y que tiene por objeto enjuiciar a la autoridad responsable para decidir si violó o no garantías individuales del quejoso), sin embargo, tomando en cuenta que las leyes civiles siempre protegen al hijo, cuando éste naciere después de los trescientos días de haberse dictado la sentencia definitiva de divorcio o de nulidad, cuando está pendiente el juicio de garantías, si posteriormente se obtuviere sentencia favorable en el mismo, por virtud de los efectos restitutorios que estatuye el artículo 80 de la Ley de Amparo, quedará insubsistente la sentencia reclamada y será a través de esta declaración que tendrá que hacer el Tribunal responsable, como renacerá nuevamente el matrimonio. Es decir, hay un fenómeno de renacimiento

(que el derecho permite en muchos casos) para que aun cuando ya una situación se había extinguido, (en el caso un matrimonio se declaró disuelto), por virtud del mismo sistema jurídico, a través del amparo, renace nuevamente, con efectos retroactivos. Por lo tanto, se tendrá que considerar que si para el procedimiento común efectivamente había terminado aquella situación, en el caso concreto, se había disuelto un matrimonio por una sentencia definitiva, por virtud de una ley de jerarquía superior, como es la ley de amparo, como aquella sentencia se pronunció violando garantías constitucionales, se declara insubsistente y se retrotrae entonces la situación jurídica al estado en que se encontraba antes de que se pronunciara. Es por esto que siempre que se concede un amparo directo, la autoridad responsable, en el caso concreto, el Tribunal Superior de Justicia, tendrá que volver a pronunciar nueva sentencia, porque aquella que dictó queda sin efecto y, por lo tanto, tratándose de una sentencia de divorcio o de nulidad del matrimonio, renacerá nuevamente éste.

A estas consecuencias especialísimas nos lleva el sistema del amparo que se complican enormemente cuando se celebra un segundo enlace, que es lo que ha ocurrido en algunos casos en los que el nuevo matrimonio resulta nulo cuando después se concede el amparo y, por consiguiente, renace el primer matrimonio que se había considerado disuelto. Además, el segundo matrimonio, por existir bigamia, se encuentra afectado de nulidad absoluta.

Si pensamos en la posibilidad de que en el segundo matrimonio hubiere hijos, vendría un problema más serio, que plantea el artículo 327, porque tendríamos a dos maridos en conflicto: uno, que por virtud de la ejecutoria de amparo, tendrá que impugnar la legitimidad de los hijos nacidos en el segundo matrimonio; el otro, que por virtud de un matrimonio válidamente celebrado en el momento en que se llevó a cabo, después se encuentra ante el problema de que está afectado de nulidad absoluta. Para este grave conflicto, la ley sí nos da una solución, porque en beneficio de los hijos dispone el artículo 344: "Declarado nulo un matrimonio, haya habido buena o mala fe en los cónyuges al celebrarlo, los hijos tenidos durante él, se consideran como hijos de matrimonio."

Para el problema planteado, en el supuesto de que la sentencia de divorcio sea declarada inexistente por la ejecutoria de amparo y, por consiguiente, hubiese hijos nacidos de dos matrimonios (uno que renace como consecuencia de la ejecutoria de amparo; otro, que aun cuando es nulo entre los cónyuges, se reputa válido para los hijos), habrá que aplicar el criterio del artículo 334 que se ha estatuido para un caso análogo, aun cuando la solución de este precepto la podamos considerar

como incorrecta desde el punto de vista técnico, en relación con el tiempo normal del embarazo. Nos da el artículo 334 una posibilidad de defensa, pero arroja sobre el primer marido que pretenda la paternidad, la prueba de que fue físicamente imposible que el otro hubiese engendrado al hijo. Dice en efecto, el párrafo respectivo: "El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye".

Evidentemente que esta imposibilidad física, sí tendría que apreciarla el juez en función de los dictámenes médicos que presentase el primer marido en los casos de divorcio o de nulidad, o sus herederos, si hubiese muerto, demostrando que el hijo nació dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio, habiendo tenido una gestación normal de 270 a 280 días y que, por lo tanto, si los médicos concluyen que esa gestación fue de no menos de doscientos setenta a doscientos ochenta días, no podrá el juez considerar que el segundo marido engendró a ese hijo a través de un embarazo mínimo de ciento ochenta días, que es justamente la hipótesis de la fracción II del artículo 334.

A estas difíciles cuestiones nos lleva el artículo 327 si lo relacionamos con una posibilidad real que se da frecuentemente en México, porque en los juicios de divorcio necesario, cuando se ventilan intereses no sólo de los cónyuges, sino que también se discute sobre la patria potestad respecto de los hijos, normalmente la sentencia de segunda instancia es atacada en amparo directo, y también es frecuente que el cónyuge que obtuvo sentencia de divorcio, y que considera que ya puede celebrar un segundo matrimonio, lo realice, de tal manera que si es la mujer, puede crear estos problemas de doble paternidad y la necesidad de que se discuta la legitimidad de sus hijos entre los dos maridos.

El Código Civil no ha previsto que en el caso especial de este juicio contradictorio de legitimidad, necesariamente tiene que ser oído el otro marido a quien se le desconoce la paternidad. El artículo 336 simplemente nos dice que en el juicio contradictorio de la paternidad, serán oídos la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino; pero lógicamente hay otro interesado, que tiene que ser parte en el juicio contradictorio, bien lo entablase el primer marido o el segundo, impugnando la legitimidad.

9.—*Caso de interdicción del marido para el ejercicio de la acción contradictoria de legitimidad.*—El término de sesenta días no corre cuando el marido estuviere afectado o privado de la razón, por enajenación

mental, imbecilidad o idiotismo, de tal manera que, se le haya designado tutor o no, si éste no ejercitare la acción de desconocimiento, podrá el marido intentarla si recobrase la razón, e incluso cuando muriere dentro del término, sin recobrarla, (y aun cuando su tutor no la hubiere intentado), los herederos podrán hacerlo. En otras palabras, a pesar de que el marido tenga un representante legal a través de su tutor, el plazo de sesenta días no le corre, si llega a recobrar la razón, porque podrá intentar la acción una vez que enterado del nacimiento del hijo, esté ya en condiciones de capacidad para formular la demanda, o incluso si muriese habiendo tenido o no tutor, porque los herederos podrán promoverla, pero dentro del término de sesenta días que les correrá a partir del momento en que se pusiere al hijo en posesión de los bienes hereditarios o se perturbare a los herederos en la misma. Por eso disponen los artículos 331, 332, 333: "Si el marido está bajo tutela por causa de demencia, imbecilidad, u otro motivo que le prime de inteligencia, este derecho puede ser ejercitado por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la tutela, pero siempre en el plazo antes designado que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento" (y haya tenido conocimiento del nacimiento del hijo). 332: "Cuando el marido, teniendo o no tutor, ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre," 333: "Los herederos del marido excepto en el caso del artículo anterior, no podrán contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio cuando el esposo no haya comenzado esta demanda. En los demás casos, si el esposo ha muerto sin hacer la reclamación, dentro del término hábil, los herederos tendrán, para proponer la demanda, sesenta días contados desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia."

Planiol, *ob. cit.*, pág. 142.
Ruggiero, *ob. cit.*, v. II, págs. 862 a 864.

CAPITULO IV

Pruebas de la Filiación Legítima

1.—*Preceptos aplicables.*—Los artículos que es necesario conocer sobre este tema, son respectivamente los siguientes: 340, 341, 342 y 343

del Código Civil relacionados con los preceptos generales en materia de prueba del estado civil, que son el 39 y el 40. Nuestro artículo fundamental, o sea el 340, dispone: "La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres", íntimamente relacionado con el artículo 39 que dice: "El estado civil de las personas sólo se comprueba con las constancias relativas del registro. Ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobar el estado civil, salvo los casos expresamente exceptuados en la ley". En consecuencia, la prueba perfecta de la filiación legítima y, por consiguiente, preferente, es la que estatuye el artículo 340 a través del acta de nacimiento y el acta de matrimonio de los padres. Con esas dos actas se justifica respectivamente: primero, que los padres están o estuvieron casados y, segundo, que el hijo fue concebido durante el matrimonio de los mismos. Como el acta de nacimiento determina la fecha de éste, de esta fecha se desprende la de la concepción, retrotrayéndonos siempre en beneficio del hijo, según los casos, 180 ó 300 días.

2.—*Alcance probatorio del acta de nacimiento de un hijo legítimo* — Con la partida de nacimiento no sólo se prueba el parto mismo, sino la maternidad, fuera de aquellos casos excepcionales en que se presenta al hijo natural como nacido de madre desconocida; pero tratándose de hijos legítimos, su partida de nacimiento necesariamente debe contener no sólo los nombres de los padres, sino también los de los abuelos. Dice el artículo 59: "Cuando el nacido fuere presentado como hijo de matrimonio se asentarán los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres; los nombres y domicilios de los abuelos y los de las personas que hubieren hecho la presentación."

Art. 277 del Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales: "Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

I.—Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;

II.—Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;

III.—A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas;

IV.—A los que substituyan a un niño por otro, o cometan ocultación de infante, y

V.—Al que usurpe el estado civil de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden."

3.—*Casos en los que falta el acta de nacimiento.*—Siendo la prueba perfecta la que requiere el artículo 340, consistente en la presentación de las actas de nacimiento y matrimonio, y siendo en principio la única manera de acreditar el estado civil de las personas, según dispone el artículo 39, puede ocurrir que falte el acta de nacimiento, porque no se haya hecho el registro del hijo, o porque habiéndose registrado, el libro correspondiente esté mutilado, el acta se encuentre ilegible, o se pueda redargüir de falsa en ocasiones. Todo esto está previsto por la ley, tanto de manera general en el artículo 40, como de manera especial para la falta de acta de nacimiento, en el artículo 341. El 40 dice así: "Cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles, o faltaren las fojas en que se pueda suponer en que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumentos o testigos; pero si uno solo de los registros se ha inutilizado, y existe el otro ejemplar, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase." Como se llevan los libros del Registro por duplicado, es evidente que si existen los otros libros, de ahí deberá tomarse el acta, sin admitir ningún otro medio de prueba, porque la filiación y en general el estado civil, en principio sólo se prueban con las actas correspondientes. El artículo 341 nos dice: "A falta de actas, o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito, o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos, que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si uno solo de los registros faltare, o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase."

Planiol, *ob. cit.*, t. II, págs. 128 a 130.

En México es frecuente que se confunda la situación de no existencia del acta con la creencia que no existe. En un caso es una situación objetiva, el acta no llegó a otorgarse. En el otro es una simple situación subjetiva, se cree que no hay acta porque se ignora su existencia, o no se recuerda si se presentó al hijo para levantar la partida de nacimiento. Ahora bien, de hecho, como la prueba de la no existencia del acta es una situación negativa y existiría la posibilidad, en principio,

de que en alguno de los Registros Civiles de la República, existiere el acta, sería imposible exigir, tomando en cuenta la edad probable del sujeto, que se hiciera una investigación, no sólo en el año de su nacimiento, sino también en los años subsecuentes, para así acreditar que efectivamente no existe la partida de nacimiento en el registro de que se trate.

4.—*Prueba de la posesión de estado de hijo legítimo.*—Conforme al artículo 341, la prueba supletoria de la filiación legítima puede ser a través de la posesión de estado de hijo legítimo o en su defecto, se puede acreditar la filiación por otros medios de prueba, incluso por testigos; pero no serán admisibles si no hubiese un principio de prueba por escrito o indicios de presunciones graves que relacionados con la prueba testimonial, puedan llevar al juez a una convicción respecto a la filiación legítima. En verdad, el medio idóneo es, a falta de actas, el relativo a la posesión de estado.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, pág. 125.

En nuestros Códigos Civiles no se exigen los tres elementos clásicos de la posesión de estado, sino simplemente dos: estos elementos que desde el derecho antiguo se vienen señalando, se denominan: "nomen, tractatus y fama;" es decir: nombre, trato y fama.

Ahora bien, en el artículo 343 en su primera parte se requiere siempre como elemento de la posesión de estado, la fama, que está enunciada en los siguientes términos: *"Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio, por la familia del marido y en la sociedad."* Esto es, gozar públicamente del carácter de hijo, especialmente en la familia del marido que es seguramente la que juzgará más estrictamente el caso, porque en sociedad puede haber un error, puede simplemente apreciarse por las apariencias; pero en cambio, ya la familia del presunto marido a quien se va a atribuir la paternidad, si le da al hijo el trato de legítimo, será porque tiene datos y elementos para juzgarlo así.

Cumplido con este requisito de tener la fama de hijo legítimo, basta según el precepto, alguna de las circunstancias que enumera, es decir, no se requieren todas, sino con una sola que se pruebe, quedará acreditada la posesión de estado. La primera es el nombre; o sea, que el hijo haya usado el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste. Es decir, para nosotros la posesión de estado se justifica con la fama, más el nombre; o bien, que el padre lo haya tratado como hijo

nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento. O sea, fama más trato. Pero viene la tercera condición, que es en la que se comete un grave error, pues tal parece que basta que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361. De manera que bastaría para la posesión de estado de hijo legítimo, cualquiera de estas circunstancias aisladamente considerada. Es decir, la fama, más el hecho de que el padre tenga la edad requerida por la ley, aunque no llevase ni el nombre del padre, ni aun que jamás éste lo haya tratado como hijo proveyendo subsistencia, educación y establecimiento. Evidentemente hay un error, porque ¿cómo considerar legítimo a un hijo que simplemente goza en la familia del marido y en sociedad de la calidad de legítimo, si no lleva el apellido de su padre? Este hecho sería la prueba directa, unida a que jamás ha sido tratado por el presunto padre como hijo, de que en realidad no es hijo legítimo.

A Cicu le parece que deben de exigirse siempre los tres elementos clásicos para acreditar la posesión de estado; pero ésta es una solución que da para el Código italiano, que también es conducente en el Código francés, en donde no se aclara, como ocurre en el nuestro, que basta con dos elementos para la posesión de estado y, es que el artículo 172 del Código italiano de anterior vigencia, o sea el del año de 1865, dice así: "Que la posesión de estado resulta de una serie de hechos que en su totalidad demuestran las relaciones de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a la que pretende pertenecer." Por lo tanto, se enumeran una serie de hechos que en su totalidad deben demostrar las relaciones de filiación. De ahí que se considere por algunos autores que deben ser los tres elementos: nombre, trato y fama; o que otros piensen que basta con que se reúnan los dos elementos fundamentales: la fama más el nombre; o la fama, más el trato, para que el juez pueda declarar probada la filiación. Es más claro el artículo 321 del Código francés que nos dice: "La posesión de estado se justifica con el conjunto suficiente de hechos que indiquen la relación de filiación y parentesco entre un individuo y la familia a la que pretende pertenecer. Los principales de estos hechos son: que el individuo haya usado el apellido del que se supone sea su padre; que éste le haya tratado como a un hijo, suministrándole en este concepto lo necesario para su educación, mantenimiento y colocación definitiva; que públicamente haya sido como su padre, y que haya tenido el mismo concepto para la familia." Tampoco este artículo 321 del Código Napoleón exige necesariamente los tres requisitos.

En cambio, nuestro artículo 343 s íes categórico, y permite incluso la posibilidad de que la fama sea en última instancia el único requisito

exigible, si el padre tiene ya la edad exigida por la ley para reconocer al hijo.

Cicu, *ob. cit.*, págs. 30 a 36.

5.—*Tesis de Cicu respecto de la posesión de estado.*—Interpretando Antonio Cicu la disposición relativa del Código Civil italiano de 1865, considera que la posesión de estado de hijo legítimo implica los tres elementos que en el derecho antiguo se consideraron como esenciales: nomen, tractatus y fama, aun cuando el artículo 171 en relación con el 172 de ese Código, enumera sólo esos elementos sin exigir precisamente que todos se prueben. En su concepto, y apartándose de la opinión dominante, sí deben acreditarse, quedando sólo a la apreciación del juez, el determinar el valor de las pruebas que se rindieren en cuanto a los mismos. Es decir, piensa que lo que queda al criterio del juez, es estimar los elementos de convicción que se aporten para justificar respectivamente, el nombre, el trato, o la fama, y que en esta función valorativa sí debe proceder según su criterio; pero nunca considerar probada la posesión de estado, cuando faltase algún elemento.

6.—*La prueba especial de la posesión de estado en derecho mexicano.*—Por lo que ya hemos expuesto respecto a la disposición terminante de nuestro artículo 343, tendremos que admitir que la prueba de la posesión de estado de hijo legítimo en nuestro derecho, no se exige en la forma rigurosa que pretende el citado autor italiano, y que más bien nuestro legislador elevó a la categoría de precepto legal la opinión dominante de que bastará la concurrencia de dos elementos, para que el juez sí pueda declarar probada la posesión de estado, aun cuando el elemento que faltase fuese el del nombre.

Es importante observar que la ley es más exigente para la posesión de estado de hijo legítimo, que para la posesión de estado de hijo natural. En el artículo 384, para los hijos naturales, sólo se exige que se justifique por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia, como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento. Es decir, ya no se requiere que lleve el nombre; tampoco se exige la fama respecto a la sociedad, y sólo parcialmente se requiere en cuanto a la familia paterna. Bajo la denominación impropia que emplea el artículo 384, de que el hijo natural haya sido tratado como tal, por la familia paterna o por el padre, no requiere el trato concurrente de la misma y del presunto padre. Textualmente el precepto dice así: "La posesión de estado

para los efectos de la fracción II del artículo 382 (que permite investigar la paternidad), se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia, como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento." De tal manera que puede darse el caso de que el padre del hijo natural no lo haya tratado como tal, pero su familia sí. Bastará este trato de la familia, con la circunstancia de que el presunto padre haya alimentado al hijo, para que ya acredite su posesión de estado de hijo natural. O bien, aun cuando la familia paterna no le dé el trato de hijo natural, bastará con que el presunto padre se lo dé, proveyendo a su educación, subsistencia y establecimiento, para que se justifique la posesión de estado de hijo natural.

7.—*Valor de la posesión de estado como título del hijo legítimo.*— Pasando al estudio del valor de la posesión de estado como título de filiación legítima, nos observa Cicu que nunca puede prevalecer la posesión de estado sobre el acta de nacimiento. Es decir, si aquel que invoca la posesión de estado tiene un acta de nacimiento que la contradice, porque resulte ser hijo de otro padre, tendrá mayor valor su acta de nacimiento, mientras no se demuestre la falsedad de la misma, que aquella posesión de estado de la cual se desprende que goza en la sociedad y en la familia del presunto padre, de la calidad de hijo legítimo, y ésta es una situación que demuestra, dice Cicu, que en materia de posesión de estado de hijo legítimo, no existen los mismos principios que en materia de posesión de las cosas. Tratándose de la posesión de las cosas, puede incluso el poseedor triunfar sobre el propietario, cuando su posesión es con el ánimo de adquirir la propiedad, aun cuando sea por delito, como ocurre en el robo, en el despojo, y es además pacífica, continua, pública, y por todo el término que señala la ley. Puede ocurrir que en la posesión de las cosas, incluso la que comenzó por delito, en el robo o en el despojo, llegue a través del tiempo, una vez prescrita la acción penal o la pena, y corrido el término máximo de la prescripción, a ser un título perfecto. En cambio, la posesión de estado de hijo legítimo, nunca a través del tiempo (así tuviese el presunto hijo una posesión indiscutible, pública, notoria, pacífica, continua, por diez años, o por un término superior), podrá destruir el valor que tiene su acta de nacimiento. Esta siempre probará en su contra, mientras no demostrase su falsedad, si de la misma resultase que su padre no es aquel que le ha dado el trato de tal; que, por consiguiente, ha habido o un error, una creencia falsa, o hasta una situación artificial creada por la fami-

lia presunta o por el mismo supuesto padre, pretendiendo en realidad desconocer una filiación legítima distinta.

Planiol, *ob. cit.*, pág. 126.

8.—*Tesis de Cicu sobre el fundamento jurídico del valor de la posesión de estado.*—Para este jurista es errónea la fundamentación que generalmente se hace equiparando la posesión de estado con la posesión de las cosas, y no obstante que en la mayoría de los autores de derecho civil se sostiene que la posesión de estado de hijo legítimo se protege por ser una situación de hecho que se manifiesta a través del comportamiento que el hijo tiene como tal, frente al presunto padre, a su familia, y a la sociedad a que pertenece Cicu piensa que no es en función de intereses privados, según ocurre en la posesión de las cosas, como debe protegerse la posesión de estado de hijo legítimo, sino tomando en cuenta los intereses superiores de la familia.

Cicu, *ob. cit.*, págs. 35 y 36.

9.—*La posesión de estado de hijo legítimo, como estado de hecho.*—Reconoce Cicu que aun cuando es cierto que los intereses que se protegen en la posesión de estado de hijo legítimo, son los intereses superiores de la familia, en tanto que los que se tutelan en la posesión de las cosas se refieren exclusivamente a los intereses patrimoniales del poseedor y a su vez al abandono de la propiedad por parte del dueño, coinciden, sin embargo, ambas situaciones en ser estados de hecho, porque falta el título tanto al hijo que no tiene acta de nacimiento para poder ostentarse de manera indiscutible y frente a todo mundo, como legítimo, como al poseedor, que carece de título de propiedad. Es decir, tanto en la posesión de estado de hijo legítimo, como en la posesión que el derecho protege para el no-propietario, se toma en cuenta una situación objetiva en la que un sujeto se comporta frente a los demás, como si tuviese realmente el título, el derecho o la calidad que se atribuye.

10.—*Protección posesoria del estado de hijo legítimo.*—Encuentra Cicu diferencias importantes entre la posesión de estado y la posesión de las cosas. Desde luego nos dice que para la posesión de las cosas inmuebles existen los interdictos, cuando el poseedor, aún sin derecho, es perturbado en su posesión o despojado de ella. Todos los sistemas jurídicos tratándoe de bienes inmuebles han considerado conveniente proteger esa situación de hecho aun cuando no se tenga la propiedad, para evitar desde luego que otro se haga justicia por propia mano, a pesar de que

sea el dueño, de tal manera que el poseedor que es perturbado o despojado, tiene lo que se llama el interdicto de retener o de recuperar la posesión; y este interdicto lo tiene incluso frente al dueño, o frente a otro que afirma tener una posesión mejor. Porque entonces no será a través de un medio violento, como el dueño o el que es mejor poseedor, van a perturbar o a despojar al que de hecho está detentando la cosa, tratándose de bienes inmuebles, sino que será en el juicio de propiedad, o en el reivindicatorio, o bien en el plenario de posesión, en donde se disputará quien tiene mejor posesión, para que sea el juez quien resuelva si el poseedor deberá entregar la cosa al propietario, o a aquel que afirma tener una posesión mejor en derecho. Nos dice Cicu que este fenómeno no se presenta a través de la posesión de estado de hijo legítimo, pues éste no tiene los interdictos para defender su posesión si es perturbado en ella, o incluso si pretendiese ser despojado de esa situación de que está gozando dentro de la familia del presunto padre. En este sentido afirma el citado autor que falta en la posesión de estado una tutela posesoria.

Cicu, *ob. cit.*, pág. 35.

Ahora bien, en nuestro sistema jurídico, desde el Código de Procedimientos Civiles de anterior vigencia, se confería no sólo al poseedor de las cosas, sino al de un estado civil, el interdicto de retener si era perturbado en el mismo, o de recuperar, si indebidamente había sido despojado. Ya en nuestro sistema vigente, tanto en el Código Civil como en el de Procedimientos Civiles, aun cuando no se hable de interdictos, sino de acciones del estado civil, se protege en la misma forma eficaz y rápida, bien la posesión de estado de hijo legítimo, como la posesión de las cosas. El Código de Procedimientos Civiles en su artículo 24 enumera las acciones del estado civil, y entre ellas comprende las relativas a la filiación. En ese mismo precepto agrega que las acciones del estado civil proceden tanto para defender la posesión de estado, como para recuperarla, cuando fuera de juicio se le ha arrebatado al que goza, según los casos, de la calidad de hijo, de padre, de hermano, etc. Dice el citado artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles: "Las acciones del estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio, o nulidad de éste, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia; o atacar el contenido de las constancias del Registro Civil para que se anulen o rectifiquen. Las decisiones judiciales recaídas en el ejercicio de acciones de estado civil, perjudican aún a los que no litigaron. Las acciones de estado civil fundadas en la posesión de estado, producirán el efecto de que se ampare

o restituya a quien la disfrute contra cualquier perturbador". En el mismo sentido el artículo 353 estatuye así:

"Si el que está en posesión de los derechos de padre o de hijo, fuere despojado de ellos o perturbado en su ejercicio, sin que preceda sentencia por la cual deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión".

11.—*La posesión de estado matrimonial.*—En otro aspecto sostiene Cicu que no hay tampoco en el derecho italiano la posesión de estado matrimonial, es decir, lo que podríamos llamar el matrimonio por comportamiento, para que aun cuando una pareja se ostente públicamente como marido y mujer, goce de esa fama en la sociedad, en sus propias familias y se conduzca efectivamente, a través de la vida conyugal, como si fuesen esposos, y esta situación perdura, pueda llegar a convertirse en matrimonio. Es decir, nunca habrá la posibilidad de transformar un concubinato en matrimonio a través del tiempo, en aquellos códigos civiles que requieren que el matrimonio sea un acto solemne, que necesariamente deba otorgarse ante el Oficial del Registro Civil, levantándose el acta correspondiente, con todos los requisitos legales.

En sistemas como el nuestro, en que el matrimonio es el acto solemne que se realiza ante el Oficial del Registro Civil, con la excepción que estatuye el Código Civil de Tamaulipas, nunca el concubinato se puede transformar en matrimonio y, efectivamente, no podemos hablar de matrimonio por comportamiento, ni pretender que la prescripción transforme a través del tiempo el concubinato en matrimonio, como sí cambia la posesión en propiedad. Pero para la posesión de estado de hijo legítimo, (no para acreditar el matrimonio), cuando faltase el acta, nuestro Código Civil sí acepta que se combine la posesión de hijo legítimo con la del estado matrimonial, porque puede ocurrir que el hijo no pueda exhibir el acta de matrimonio de sus presuntos padres, por ignorar el lugar en donde se casaron y los mismos hubiesen muerto o por ausencia o por enfermedad no puedan precisar el lugar en que se casaron. Para ese caso, dice el artículo 243, que no se podrá disputar al hijo su calidad de legítimo y, por consiguiente, su posesión de estado como tal, si demuestra que sus padres vivieron como marido y mujer, que públicamente se ostentaron como tales, es decir, que se comportaron como esposos y, además, prueba que por haber muerto o por ausencia o enfermedad de ellos no puede conocer el lugar en que se casaron.

CAPITULO V

ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE ESTADO DE HIJO LEGÍTIMO

1.—*Casos en los que procede la acción de reclamación de estado de hijo legítimo.*—Esta acción de reclamación de estado puede presentarse en los siguientes casos: I.—Cuando falta al hijo su acta de nacimiento y, además, no tiene posesión de estado. II.—Cuando falta el acta de nacimiento, pero el hijo sí tiene posesión de estado. III.—Cuando falta la posesión de estado, pero el hijo tiene acta de nacimiento, y IV.—Cuando hay contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado.

Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* traduc. de Santiago Sentís Melendo, t. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, págs. 134 y 135.

Determinaremos brevemente el contenido de los cuatro casos a que nos hemos referido.

2.—*El hijo carece de acta de nacimiento y de posesión de estado.*—El primer caso se refiere a la falta absoluta de acta de nacimiento y de posesión de estado. En realidad, no se tiene ni el título propiamente dicho, que es el acta de nacimiento que relacionada con la del matrimomonio de los padres acredita la filiación legítima, ni siquiera el que da la posesión de estado, que como explicamos anteriormente, tiene un valor suplementario del acta de nacimiento. A primera vista, como quien invoca la calidad de hijo legítimo no tiene ni el título perfecto, ni el que suple al acta de nacimiento, no debería concedérsele acción alguna para pretender la calidad de hijo legítimo. Podría también pretender la calidad de hijo natural, pero la pretensión se determina en función de que afirma ser hijo de padres unidos en matrimonio. Por consiguiente, pretende acreditar que una mujer casada lo dio a luz, después del término de ciento ochenta días de que celebró el matrimonio. Sólo bajo determinadas condiciones muy especiales, el derecho permite esta investigación de la maternidad respecto de la mujer casada que a su vez permitirá determinar la filiación legítima, ya que una vez que se logra comprobar que una mujer casada dio a luz a un determinado hijo, se le imputará a su marido.

Cicu, *ob. cit.,* págs. 75 y 76.

En el artículo 340, como principio general, se exige para probar la filiación legítima y, por consiguiente, para reclamar el estado de hijo legítimo, tanto el acta de nacimiento, como la del matrimonio de los padres. Pero el artículo 341 permite que a falta de actas, o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se pruebe con la posesión constante de hijo nacido de matrimonio, y que a falta de esa posesión, se acredite con los medios ordinarios de prueba, admitiéndose sólo la testimonial, si hubiese un principio de prueba por escrito, indicios, o presunciones que sean muy graves y que lleven al juez a la convicción de que sí debe admitirse la prueba testimonial para que relacionada con esos indicios o presunciones, pueda acreditarse la filiación. De esta suerte, el artículo 341 permite que a falta del acta de nacimiento se pruebe la filiación legítima con la posesión de estado, y que, aún en el caso extremo de que la misma faltare, se justifique con otras pruebas. Cabe, por lo tanto, la posibilidad de que el reclamante carezca de los dos títulos que normalmente justifican la calidad de hijo legítimo: el escrito o acta de nacimiento y el que se deriva de esa situación de hecho que hemos llamado posesión de estado. Textualmente el precepto agrega: "En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión".

Cicu, *ob. cit.*, págs. 83 y 84.

Quiere decir, por lo tanto, que aun cuando el reclamante estuviese en la situación muy difícil de carecer de los títulos ordinarios, podrá incluso pretender hasta la filiación legítima, si está afirmando que una mujer casada lo dio a luz en una fecha en que el hijo se pueda imputar al marido, por haber nacido después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio. Ya este artículo, aun cuando habla en general de la falta de actas, no se refiere a las actas de nacimiento y de matrimonio, sino a que faltasen las actas de nacimiento. Puede darse el caso que el hijo tenga sólo acta de nacimiento, pero no pueda exhibir la del matrimonio de sus padres, que es la hipótesis del artículo 342 que ya analizamos, si afirma que sus padres vivieron como marido y mujer, que públicamente así se comportaron, y que por su muerte, ausencia o enfermedad, no puede conocer el lugar en que se casaron. Entonces no se le podrá disputar su calidad de hijo legítimo, porque no exhiba el acta de matrimonio de sus padres, admitiéndosele, en relación con su acta de nacimiento, prue-

ba de la posesión del estado matrimonial de sus padres, es decir, de que vivieron públicamente como marido y mujer.

No se admite prueba de testigos si no hay una prueba documental. La misma es muy peligrosa en el derecho. Es la más falaz, artificial e insegura. En un medio como el nuestro, se convierte en la prueba más deficiente y peligrosa, porque los testigos no temen a la sanción penal por falso testimonio. Existe además una costumbre de sobornar testigos o de presentar testigos falsos, aleccionados, y si esto es frecuente en las controversias de contenido patrimonial o económico, en donde no se versan múltiples intereses, con mayor razón será cuando de la calidad de hijo pudiera depender, por ejemplo, toda una herencia; excluir a los hermanos del autor de la sucesión o a sus padres, ante el hijo que tiene derecho preferente. Sería peligrosísimo que por la declaración de dos testigos que afirman haber asistido al parto que tuvo una mujer casada, y que después identifican al hijo como aquel que reclama la herencia, se excluyesen de la sucesión, si no hubiere otros hijos, a los padres, a los abuelos, a los hermanos, es decir, a todos los parientes en general.

Un principio de prueba documental, como podría ser el acta de bautizo; una carta en la cual la presunta madre, o el marido, reconocieren al hijo, ya podrá permitir que se admita la prueba testimonial, o bien, indicios o presunciones graves, serios, que a juicio del juez sirvan para admitirla. En ocasiones, relacionar pruebas produce una convicción suficiente. El análisis aislado, sería incompleto.

Puede existir a falta de acta parroquial, una carta o una correspondencia lo suficientemente amplia, para sustituir a la referida acta.

3.—*El hijo carece de acta de nacimiento, pero sí tiene posesión de estado.*—El segundo caso refiérese a la falta de acta de nacimiento, pero teniendo el hijo su posesión de estado. En rigor, el hijo tiene un título, porque hemos visto que su posesión de estado vale como tal, aun cuando no es perfecto. Puede desconocerse su estado, puede impugnarse, y entonces tendrá la necesidad de que se le reconozca su calidad de hijo legítimo. Normalmente el hijo que tiene posesión de estado sin acta de nacimiento, en realidad no tiene por qué ejercitar una acción de reclamación de estado, ya que está gozando de todas las ventajas inherentes a su calidad de hijo legítimo. Pero esto ocurre generalmente en vida de los padres, cuando no se presenta el problema de la herencia, cuando el padre cumple sus obligaciones y da alimentos al hijo. En el momento en que surja un conflicto en el caso de herencia, o haya incumplimiento de obligaciones, o se desconozca su calidad de legítimo, será cuando sí

tenga necesidad de reclamar su estado, mediante una acción imprescriptible para él y sus descendientes.

Hemos dicho que la posesión de estado, conforme al artículo 352, no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada que admite todos los recursos que las leyes conceden en los negocios de mayor cuantía, y que según el artículo 353: "Si al que está en posesión de los derechos de padre o de hijo fuere despojado de ellos o perturbado en su ejercicio sin que preceda sentencia por la cual deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión." Justamente el caso del artículo 353 se presenta, cuando el hijo, al ser desconocido en la sucesión del padre o de la madre, se ve en la necesidad de ejercitar la acción de reclamación de estado.

4.—*El hijo sólo tiene acta de nacimiento, pero no posesión de estado.*—En principio es bastante el acta de nacimiento, pues de ella, en relación con el acta de matrimonio de los padres, se desprende su calidad de hijo legítimo; pero puede impugnarse por algún interesado considerándola falsa. Puede seguirse un juicio que tenga por objeto desconocer el acta de nacimiento a fin de que se declare que falsamente se hizo aparecer aquel hijo como de mujer casada. En México se ha hecho general una costumbre que animada en ocasiones hasta de un espíritu cristiano, implica la comisión de un verdadero delito, fomentado generalmente por monjas o enfermeras. El artículo 277 del Código Penal, con la denominación general de "delitos contra el estado civil." sanciona con prisión de uno a seis años y multa de cien a mil pesos, a "los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes: I.—Atribuir un recién nacido a mujer que no sea realmente su madre." En las maternidades, las llamadas madres solteras, cuando no quieren que se conozca su maternidad, llegan hasta el grado de prescindir de sus derechos respecto al hijo y a consentir que aquel recién nacido se presente al registro civil como hijo de una mujer casada. Generalmente se cree que esto es lícito; que es un acto incluso cristiano y de humanidad; que no implica problema alguno en el orden jurídico. En rigor es una verdadera suposición de parto y constituye, según hemos dicho, un delito que una mujer se pretenda atribuir a un niño que no es suyo. El procedimiento jurídico es el de la adopción; pero nunca este procedimiento falso de suplantar a un hijo, de hacer constar falsamente que una mujer casada, de acuerdo con su marido o sin él, ha dado a luz un hijo que se registra como tal.

Cicu, *ob. cit.*, págs. 76 y 77.

5.—*Contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado.*—El acta de nacimiento demuestra que el hijo tiene determinados padres. La posesión de estado acredita que el hijo tiene otros padres. Entonces, desde el punto de vista del hijo, él puede reclamar la calidad de legítimo que más le convenga: en función de su acta de nacimiento, o en función de su posesión de estado. Pero necesariamente tendrá que desconocer la situación que resulte contradictoria con sus pretensiones. Si él pretende ser hijo legítimo de aquellos padres que aparecen en su acta de nacimiento, tendrá que reclamar su calidad de hijo legítimo, para desconocer una posesión de estado contradictoria con su acta. Tendrá que impugnar a sus presuntos padres que no lo son en verdad, el derecho que éstos se pretenden atribuir y no se podrá despojar al que goza de su posesión de estado de padre o de madre, de tales calidades, simplemente porque el hijo dijese: ante mi acta de nacimiento desconozco a los que me han dado el trato de hijo y reconozco a aquéllos que sin haberme dado el trato de hijo, figuran como mis padres en el acta de nacimiento. Toda contradicción, por consiguiente, no sólo desde el punto de vista de la acción del hijo para reclamar su estado, sino de la acción de los padres interesados, unos invocando el acta de nacimiento, otros invocando su posesión de estado, tendrá que tramitarse y ventilarse a través de un juicio en donde recíprocamente se están ejercitando acciones que tienen por objeto reclamar un estado. Por ejemplo, la del hijo reclamando su estado en función de su acta de nacimiento. A su vez, los presuntos padres que tienen que ser oídos (padre y madre que aparecen en el acta de nacimiento y padre y madre que dieron el trato de hijo), al ser demandados, pueden ellos contrademandar.

El juez tendrá que valorar el conjunto de pruebas, pero partiendo de este principio: siempre el acta de nacimiento prevalece sobre la posesión de estado, a no ser que se demuestre la falsedad de aquélla. De manera que mientras no se justifique civilmente (con mayor razón si hay una sentencia penal) que el acta de nacimiento es falsa, el hijo deberá tener la calidad que le atribuya su título y no la que le atribuya su posesión.

Cicu, *ob. cit.*, págs. 77 a 79.

CAPITULO VI

CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE ESTADO

1.—*Enumeración.*—Estas características son las siguientes: a).—Es una acción imprescriptible para el hijo y sus descendientes y prescriptible para sus demás herederos, acreedores, legatarios y donatarios; b).—Es personalísima durante la vida del hijo, pero transmisible por herencia y susceptible de ser intentada incluso por sus acreedores, legatarios o donatarios, a su muerte; c).—No puede ser objeto de transacción.

2.—*Imprescriptibilidad de la acción de reclamación de estado.*—El art. 347 declara que la acción que compete al hijo para reclamar su estado es imprescriptible para él y sus descendientes. Por lo tanto, no sólo durante la vida del hijo podrá éste reclamar su estado, según los diferentes casos que ya analizamos, sino también sus descendientes, sin limitación de grado, bien porque aquél tuvo la posesión de estado o porque se pretenda contradecirla o impugnar su acta de nacimiento.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, pág. 131.

Para los demás herederos y los acreedores, legatarios y donatarios del hijo, la acción sí es prescriptible, porque si el hijo muere antes de cumplir veinticinco años, o pierde la razón antes de llegar a esa edad y muere sin haberla recuperado, sus demás herederos que no sean sus descendientes, podrán intentar la acción de reclamación de estado o continuar la ya intentada por el hijo, o defender la posesión de estado que tuvo, para cuyo efecto sólo gozan de un término de cuatro años. Dice el artículo 348: "Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de que trata el artículo anterior: I.—Si el hijo ha muerto antes de cumplir veinticinco años; II.—Si el hijo cayó en demencia antes de cumplir los veinticinco años y murió después en el mismo estado." El artículo 349 estatuye que: "Los herederos podrán continuar la acción intentada por el hijo, a no ser que éste se hubiere desistido formalmente de ella, o nada hubiere promovido judicialmente durante un año contado desde la última diligencia. También podrán contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle la condición de hijo nacido de matrimonio".

Planiol, *ob. cit.*, t. II, pág. 136.

Por último, en el artículo 351 se dispone: "Las acciones de que hablan los tres artículos que preceden, prescriben a los cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo." En estos artículos se está refiriendo la ley a los demás herederos que no sean descendientes, a los acreedores, legatarios y donatarios del hijo.

3.—*Carácter personalísimo de la acción de reclamación de estado.*— Las consideraciones que anteceden demuestran que la acción es personalísima durante la vida del hijo; perdiendo este carácter a su muerte. Viviendo el hijo, ni siquiera sus descendientes para quienes la acción es imprescriptible, podrían reclamar, y así como vimos que es personalísima la acción del marido para impugnar la legitimidad mientras él viva, pero a su muerte podrán hacer la impugnación sus herederos, así también respecto de la acción de reclamación de estado, sólo el hijo podrá intentarla durante su vida.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, págs. 134 y 135.

Los acreedores, los legatarios y los donatarios del hijo, si éste no dejó bienes suficientes para pagarles, también podrán deducir la acción correspondiente.

4.—*Carácter intransigible de la acción de reclamación de estado.*— Según el artículo 338, no puede haber sobre la filiación ni transacción ni compromiso en árbitros. La transacción es un contrato por virtud del cual las partes haciéndose recíprocas concesiones evitan una controversia futura o dan término a una controversia judicial ya existente. Por lo tanto, toda transacción supone que se trata de derechos o de situaciones dudosas, discutibles. Por ejemplo, se está discutiendo sobre la posesión o la propiedad en un juicio. La partes hacen una transacción consistente en recíprocas concesiones. Supongamos, para que en el bien objeto de la disputa, se aplique al actor las dos terceras partes y al demandado la otra tercera parte. O si ambas partes creen tener derechos iguales, fundados en títulos de igual calidad, pueden llevar a cabo la transacción, adjudicándose la cosa por mitad. Justamente el carácter dudoso de los derechos o de las obligaciones, hace que las partes se hagan recíprocas concesiones, bien para terminar ya un juicio que está tramitándose ante los tribunales o para evitar una controversia futura.

En materia de filiación y, por consiguiente, por lo que se refiere a la posesión de estado de hijo legítimo, la ley no permite una transacción. Porque no se trata de intereses patrimoniales en los que el hijo

pudiere aceptar determinados efectos jurídicos y renunciar a otros. Además, es indivisible su posesión de estado, su calidad de hijo. No puede ser y no ser al mismo tiempo hijo legítimo frente a sus padres. No podría considerarse como hijo legítimo, sólo para el derecho de llevar el apellido, pero no para tener el trato de hijo legítimo o la condición social de tal y toda esa serie de consecuencias no valorizables en dinero. Sería además inmoral, ilícito, el pacto por virtud del cual los padres con el presunto hijo celebrasen un contrato para que se hicieren recíprocas concesiones. Para que en determinados aspectos al hijo se le considerase como tal y en otros aspectos no tuviese esa calidad. Por eso la ley vuelve a repetir, al tratar de la transacción, que no puede celebrarse este contrato ni sobre el estado civil de las personas ni sobre la filiación. En el artículo 2948 se dice: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio." En el 2949 agrega: "Es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración de estado pudiesen deducirse en favor de una persona, pero la transacción en tal caso no importa la adquisición de estado."

CAPITULO VII

De la Legitimación

1.—*Definición.*—Podemos definir la legitimación como aquella situación jurídica por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos, con todos los derechos y obligaciones que corresponden a esta calidad.

Messineo, *ob. cit.*, t. III, pág. 144.

2.—*Fusión de actos jurídicos.*—La legitimación puede implicar una fusión de dos actos jurídicos consistentes en el reconocimiento que lleven a cabo los padres del hijo natural y en el matrimonio que realicen después de haber nacido o sido concebidos los hijos naturales. Esta es la forma normal en que opera la legitimación, de tal manera que no basta sólo que los padres de un hijo natural nacido o simplemente concebido celebren matrimonio, sino que se requiere además que reconozcan al hijo ya nacido o que está simplemente concebido. Por esto, los artículos 354 y 355 del Código Civil vigente, respectivamente disponen: "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de ma-

trimonio, a los hijos habidos antes de su celebración." "Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres junta o separadamente." Para los hijos concebidos dice el artículo 359: "Pueden gozar también de este derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquella estuviere encinta." Por lo tanto, en principio, la legitimación por subsecuente matrimonio requiere además el acto jurídico del reconocimiento, y es por ello que se constituye a través de la fusión de esos dos actos jurídicos independientes: el del matrimonio de los padres y el del reconocimiento de los hijos nacidos o simplemente concebidos. Este reconocimiento puede hacerse antes de celebrar el matrimonio, en el acto mismo en que se celebre o después de celebrado. Puede el reconocimiento hacerse durante la vida matrimonial; pero siempre la legitimación surtirá efectos a partir del matrimonio.

Messineo, *ob. cit.*, t. III, págs. 144 y 145.
Cicu, *ob. cit.*, págs. 194 y 195.

En esta fusión de actos jurídicos, por consiguiente, desempeña un papel determinante el acto matrimonial para referir al momento de su celebración los efectos de la legitimación, que ni pueden operar retroactivamente desde el nacimiento de los hijos, ni pueden postergarse o diferirse para el momento posterior en que los padres ya casados reconocieren los hijos que hubieren tenido antes de celebrar matrimonio.

José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 5ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942, t. IV, pág. 27.

3. *Dos especies de hijos legitimados que están ya concebidos cuando se celebra el matrimonio de sus padres.*—Al efecto debemos distinguir dos situaciones distintas para esa clase de hijos legitimados: unos, por declaración expresa del marido que así lo quiere, según el artículo 359, haciendo constar al celebrar su matrimonio que la esposa se encuentra encinta, o puede estarlo y, por lo tanto, reconoce al hijo de quien se encuentra embarazada; otros, que van a resultar legitimados por ministerio de la ley, si simplemente el marido no objeta la paternidad, no la contradice y, por consiguiente, la acepta, aun cuando no haya un reconocimiento expreso. Este sería el único caso en que no hay la fusión de los dos actos jurídicos a que nos hemos referido, porque basta el

matrimonio y el hecho jurídico de la no impugnación del hijo, para que quede legitimado por ministerio de la ley. Ya hemos precisado los casos en que incluso el marido no podrá impugnar al hijo, si conoció el embarazo de su futura consorte, exigiendo la ley un principio de prueba por escrito o si presentó al hijo al Oficial del Registro Civil, sin impugnarlo en el momento de la presentación, según los términos del artículo 328, que se refiere precisamente al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de su madre.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, págs. 214 y 215.

5.—*Legitimación por sentencia y matrimonio.*—No sólo en nuestro derecho existen esas dos formas de legitimación que se constituyen respectivamente por el matrimonio y el reconocimiento expreso, o por el matrimonio y el reconocimiento tácito de los padres, sino que también existe una tercera, aunque la ley no la reconozca expresamente, que es aquella en la cual por virtud de una sentencia se haya declarado ya la paternidad y la maternidad, aun cuando no haya habido reconocimiento expreso o tácito, si después aquellos padres celebran matrimonio y no hacen declaración alguna en cuanto a reconocer al hijo que ya había obtenido una sentencia favorable. Nos fundamos para sostener que existe esta otra forma de legitimación que combinaría la sentencia en la cual se declare la paternidad y maternidad, simultáneamente o por separado, con el matrimonio de los padres, en que aquella sentencia hace veces de reconocimiento. Es decir, respecto de los hijos naturales, la filiación puede establecerse de dos maneras: por el reconocimiento de los padres, o por una sentencia que declare la paternidad o la maternidad. La ley regula en qué casos pueden investigarse la paternidad y la maternidad. Dice el artículo 360: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta con respecto a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad."

6.—*Historia breve de la legitimación.*—En derecho romano la legitimación existió tanto por subsecuente matrimonio, como por decreto imperial, por "rescrito del príncipe," o en general, por mandato del soberano. Pero se necesitó que la iglesia católica influyese ya en los últimos tiempos del derecho romano, para que bajo Constantino se admitiera la legitimación por subsecuente matrimonio. Posteriormente, Justiniano estableció la legitimación por decreto imperial, o acuerdo del príncipe.

Cicu, *ob. cit.*, págs. 189 y 190.
Planiol, *ob. cit.*, págs. 207 y 208.

El derecho canónico aceptó también el reconocimiento por el subsecuente matrimonio, o por las cartas papales. El Papa, así como en el decreto del príncipe, podría considerar, por una determinación, legitimado al hijo.

En el derecho laico se abandona el sistema de la legitimación por decreto papal y en los regímenes democráticos por rescrito del príncipe. En el derecho francés, desde la primera Constitución francesa de 1791, no se acepta la legitimación por decreto del príncipe, como se le venía dominando, o como podríamos decir, por resolución del jefe del Estado.

7.—*Código Civil de 1884.*—En nuestro Código de 1884 encontramos sólo la legitimación por subsecuente matrimonio, regulándola de manera más extensa que el Código vigente. Todavía en el Código anterior late el principio injusto que en derecho francés prohibió la legitimación de hijos adulterinos e incestuosos, y que sólo por una obra moralizadora de la jurisprudencia francesa, contra un precepto expreso, se fue éste derogando paulatinamente.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, págs. 209 y 210.

En nuestros Códigos anteriores se mantenía veladamente este principio, porque se dispuso que sólo los hijos naturales podrían ser legitimados cuando hubieren sido concebidos en una fecha en que el matrimonio de los padres pudiere haberse celebrado. Es decir, que no hubiera el impedimento de adulterio ni el de incesto. El art. 325 del Código de 1884 disponía: "Sólo pueden ser legitimados los hijos naturales," y en el 328: "Son hijos naturales, los concebidos fuera de matrimonio en tiempo en que el padre y la madre podían casarse aunque fuera con dispensa."

8.—*Código Civil vigente.*—Este ordenamiento ya no comete la infamia de legitimar el matrimonio de los adúlteros y de aquellos parientes en donde por la naturaleza de su parentesco colateral, cabe la dispensa y, sin embargo, negar el beneficio de la legitimación para los hijos que por ningún motivo pueden crear algún problema, supuesto que ya sus padres decidieron casarse, y al hacerlo, su matrimonio o está afectado de nulidad relativa y después queda convalidado, o bien, se logra vencer el impedimento de la dispensa y desde un principio tiene validez. Por eso, en la actualidad, el Código en vigor permite en términos generales la legitimación sin hacer distingos como ya no los viene haciendo respecto de hijos adulterinos o incestuosos, y sólo nos dice: "El matri-

monio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración."

CAPITULO VIII

De la Filiación Natural

1.—*Concepto de filiación natural.*—Hemos dicho que por filiación natural se entiende el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio. Esta situación se ha considerado tradicionalmente en dos formas: a).—Una relación jurídica lícita que producía determinadas consecuencias si los padres del hijo natural pudieron legalmente celebrar matrimonio, por no existir ningún impedimento; y b).—Una relación ilícita si los padres estaban legalmente impedidos para celebrarlo, por virtud del parentesco o de la existencia de un matrimonio anterior respecto de alguno de ellos o de ambos, dado que entonces los hijos habidos en esa unión se consideraban incestuosos o adulterinos.

En el derecho europeo se coloca a los hijos naturales en una condición jurídica injusta, por su absoluta inferioridad frente a los hijos legítimos, a diferencia de nuestro derecho que admite la equiparación de ambas categorías y sólo requiere que se pruebe debidamente la filiación natural. Véase lo que dicen Cicu, para el derecho italiano y Puig Peña, para el español:

Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, pág. 39; Cicu, *ob. cit.*, pág. 212.

2.—*Hijos naturales simples, adulterinos e incestuosos.*—Se denominaban hijos naturales simples, aquellos que nacían de una unión extramatrimonial en la que no hubiese impedimento, ni en razón del parentesco, ni de un enlace anterior, para celebrar el matrimonio.

Otro tipo de impedimentos, por ejemplo, la falta de edad, la enajenación mental, la impotencia incurable para la cópula, la violencia, el atentado contra la vida de uno de los consortes para casarse después con el que quedase libre, etc., no manchaban la calidad simplemente natural del hijo, supuesto que la condición que se consideró deshonrosa sólo se atribuía por aquellos impedimentos que hubiesen convertido la unión de los padres en incestuosa (en razón del parentesco consanguíneo en línea recta, en línea colateral entre hermanos, o entre tía y sobrino, sobrina y tío, no dispensado), o en adulterina, porque existiera un ma-

trimonio no disuelto, aún en los casos en que de buena fe, como ocurre en el matrimonio putativo, se desconociese la existencia de ese matrimonio, o se considerare que ya había quedado disuelto por la muerte simplemente presunta, no real, de uno de los cónyuges.

Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, págs. 41 y 42.

En el Código Civil vigente se ha borrado hasta donde le fue posible al legislador esta clasificación que en sí misma resultó odiosa, incluso para quienes la toleraron en el campo de la doctrina o la jurisprudencia, o para los legisladores que la admitieron, como pasó en todos los Códigos Civiles del siglo pasado, pues se reconoció que no debe mancharse la existencia de un ser humano desde su origen, para que su calidad de hijo incestuoso o adulterino lo perjudique toda su vida. Tiene que admitirse por la fuerza misma de las cosas, que en ciertos casos la condición del hijo tendrá que ser distinta según sea simplemente natural o nazca de una unión incestuosa o adulterina.

El Código Civil vigente prohibe, no obstante, que en el acta de nacimiento se haga constar que el hijo es incestuoso o adulterino, o alguna circunstancia de la que se desprendiese, por ejemplo, su calidad de incestuoso, revelando ambos padres al presentar al hijo que se encuentran en grado de parentesco de hermanos, de ascendientes y descendientes, pues aun cuando no se empleara el calificativo de hijo incestuoso, tendría que inferirse de esa circunstancia. También el Código prohibe, por razones evidentes, para evitar el escándalo, que en el acta de nacimiento de un hijo que pudiere resultar adulterino (incluso si la mujer casada reconociere el adulterio, o lo hubiere confesado judicialmente, o resultase de una sentencia civil o penal), se haga constar esa calidad en su acta de nacimiento.

3.—*Prueba de la paternidad natural.*—Por cuanto a la prueba de la filiación natural, se presentan gravísimos problemas en virtud de que respecto a la paternidad no podemos nunca partir, fuera de casos excepcionales que después mencionaremos, de esa presunción que en el matrimonio atribuye el hijo de la mujer casada, al marido. Como la paternidad es un hecho que no puede comprobarse objetivamente como la maternidad (mediante el parto y la identidad del hijo), tendrá que presumirse en el matrimonio, ante una situación normal de la vida humana. Es lógico inferir que los hijos de la mujer casada sean hijos de su marido, y aun cuando se admita la posibilidad del adulterio y, por lo tanto, de que el marido impugne la legitimidad, tendrá éste que rendir pruebas convincentes que destruyan la presunción legal.

Cuando no exista matrimonio, generalmente no hay base alguna para poder inferir de la maternidad, la paternidad. Por esto en principio la prueba de la paternidad sólo podía lograrse a través del reconocimiento voluntario que hiciere el padre, estando prohibida la investigación de la paternidad.

"No es aplicable a la filiación natural la presunción de paternidad ni la presunción de concepción. La primera, porque falta la base, que es el matrimonio de los padres; la segunda, porque se halla establecida evidentemente en favor de la legitimidad." (Cicu, *ob. cit.*, pág. 212).

Exceptuando las diferencias que la misma naturaleza de ambas filiaciones (legítima y natural) impone, en nuestro derecho se conceden iguales derechos a los hijos legítimos y a los naturales reconocidos o cuya filiación se ha probado debidamente y declarado por sentencia en el juicio de investigación de paternidad o maternidad. Para los efectos de la patria potestad, de la herencia, de los alimentos, de los impedimentos para celebrar matrimonio (por razón de parentesco legítimo o natural) la equiparación es absoluta y completa.

4.—*Diversidad de sistemas en la investigación de la paternidad.*—En el Código francés en principio se prohibió la investigación de la paternidad, aunque hubiere ciertas circunstancias que como el concubinato, la violación, el estupro o la posesión de estado de hijo, permitiesen presumir que cierto hombre engendró al hijo de una mujer soltera. La única excepción que admitió ese ordenamiento fue la relativa al rapto, pero tuvo escasas aplicaciones. Por razones que se consideraron de moralidad social, para evitar escándalos, a su vez que chantajes, pruebas falsas, testigos sobornados, maniobras de aventureros. etc., se prohibió que se pudiera investigar la paternidad.

Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª ed., Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Madrid, 1912, t. V, v. II, págs. 993 y 994.

En los códigos modernos, y así lo admite nuestro Código Civil vigente y lo reconoció la Ley de Relaciones Familiares de 1917, la paternidad sí puede investigarse en los casos en que haya elementos para poder sospechar que determinado hombre es el padre, como ocurre en el concubinato, y así como en el matrimonio se presume que es el marido quien engendra a los hijos que tenga su esposa, en el concubinato, dentro de la vida marital bajo el mismo techo, con el trato sexual continuo, se presume que el concubino es quien engendra a los hijos que tenga la con-

cubina después de los ciento ochenta días de iniciado el concubinato, o dentro de los trescientos días siguientes a la fecha en que terminó.

Federico Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, págs. 53 y 54.

En los casos de rapto, estupro, o violación, cuando la fecha de esos delitos coincida con la probable de la concepción, hay también un dato que hace presumir la posibilidad humana de que el responsable sea el padre, o también, cuando exista la posesión de estado a través del trato que dé el presunto padre, considerando al hijo de una manera expresa o tácita como suyo, por cuanto que permita que lleve su apellido, lo considere en su familia como su hijo, provea a su educación, subsistencia y establecimiento; o finalmente, cuando haya un principio de prueba, generalmente por escrito, para deducir la paternidad. Por ejemplo, el hombre ofrece a la mujer embarazada llevar a cabo todos los gastos cuando nazca el hijo, o bien, si se prueba que él los afrontó en la maternidad correspondiente.

En ciertos casos, es posible que exista una prueba escrita y expresa, reconociendo al hijo; pero puede ser indirecta, por ejemplo, insinuar el aborto, y de ese consejo inmoral y delictuoso se desprende que existe interés en que desaparezca aquel ser, por haberlo engendrado. La prueba indirecta que se desprende de afrontar los gastos durante el embarazo y el nacimiento, o los subsecuentes para el cuidado del hijo, también es un elemento que hace probable la paternidad en unión con otros que el juez estimará.

Federico Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, págs. 55 y 56.

5.—*Investigación de la paternidad en el antiguo derecho.*—En el antiguo derecho existió la posibilidad de que las mujeres solteras que tenían hijos, pudieran elegir, generalmente dentro de aquellos hombres con los cuales tuvieron relaciones, unas simplemente amorosas sin llegar a ser sexuales, otras siendo sexuales, al hombre que mejor les conviniera para padre de su hijo.

Fueron una verdadera plaga, como decían los autores, las demandas de las madres solteras frente a hombres ricos, acaudalados, o que gozaban de cierta posición, y se llegó al extremo de aceptar que si se trataba del primer hijo, por existir la presunción de que la mujer era virgen cuando tuvo relaciones con el hombre a quien imputaba la paternidad, bastaba su dicho para condenarlo provisionalmente al pago de todos los gastos que ocasionaba el embarazo y el nacimiento; pero tenía que ren-

dir después pruebas convincentes respecto a la paternidad, para obtener una sentencia favorable.

Por esto, en el Código Civil francés se consideró conveniente suprimir estas demandas escandalosas, y sólo en el caso de rapto se permitió la investigación de la paternidad.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, pág. 189.

6.—*La investigación de la paternidad a través de la jurisprudencia francesa.*—La obra constante de los escritores, de los literatos, de los filósofos, de los humanistas, poco a poco fue creando una idea contraria en la sociedad francesa que preparó la obra de la jurisprudencia al aceptar excepciones a la prohibición estatuida en el Código, a través del siguiente procedimiento indirecto: La mujer soltera que tenía un hijo no podía investigar la paternidad, pero sí podía demandar al hombre que por su conducta ilícita le causó daños y perjuicios, al seducirla o engañarla con una falsa promesa de matrimonio, creándole por su perfidia, los problemas económicos inherentes a la maternidad. La jurisprudencia encontró en realidad una vuelta para lograr lo que deseaba, sin violar expresamente el precepto que prohibía la investigación de la paternidad. Se permitió que por lo menos la mujer soltera que tenía un hijo, pudiera exigir del hombre que señalaba como padre del mismo, una indemnización, consistente en el pago de los alimentos del hijo, más los daños que le hubiere causado, y para que su acción pudiere prosperar, tendría que rendir pruebas tendientes a investigar la paternidad. Ya no bastaba el simple dicho de la mujer para hacer responsable al hombre que eligiese. Tendría que demostrar, por ejemplo, cierto tipo de relaciones, para presumir de las mismas, según el grado de intimidad que hubo, la relación sexual.

Considera Sánchez Román que la prohibición de investigar la paternidad, como inexactamente se afirmó en el siglo pasado, no "puede reputarse general y casi de derecho común en las legislaciones de los pueblos cultos. La inexactitud de esta afirmación se comprueba sin más que observar cuáles son los países y las legislaciones que proscriben o admiten, con más o menos restricción, la investigación de la paternidad, aparte la rectificación que a las aplicaciones de ese sentido prohibitivo van oponiendo las declaraciones de la jurisprudencia francesa e italiana, cuyos Tribunales, sobre todo los de Francia, no se acomodan estrictamente al texto legal, si bien para no manifestarse en una situación plenamente contraria a la ley, establecen que la prohibición de investigar la paternidad para obtener la declaración de filiación y todos sus efectos, es cosa distinta de la acción de daños e intereses, otorgada a la mujer seducida bajo promesa de futuro matrimonio, con el fin de obtener la reparación de aquel hecho culpable del hom-

bre que la sedujo y los alimentos de la prole ilegítima, cuando resultara probado que éste era el autor del embarazo y de él dimanara aquella prole." (Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil,* 2ª ed., Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra." Madrid, 1912, t. V, v. II, pág. 994).

7.—*La ley francesa de 1912 en cuanto a la investigación de la paternidad.*—Fue hasta 1912 cuando ya expresamente se permitió en Francia la investigación de la paternidad. Los casos en que la ley de 1912 permite investigarla, son los siguientes: 1o., Concubinato notorio. 2o.—Violación o rapto de la mujer, si su fecha coincide con la probable concepción del hijo; 3o.—Seducción dolosa de la mujer, 4o.—Existencia de un principio de prueba por escrito del que se desprendiera un reconocimiento expreso o tácito por parte del hombre respecto a su paternidad, 5o.—Proveer por un determinado hombre a la subsistencia y educación del hijo.

Planiol, *ob. cit.,* t. II, pág. 191.

"Primer caso: rapto (enlevement) o violación.—Por excepción al principio de la prohibición, el Código de 1804 permitió la investigación de paternidad en caso de rapto, cuando la época de la concepción coincide con la de éste (art. 340). Esta excepción, única por mucho tiempo, ha tenido tan pocas aplicaciones prácticas, que solamente se citan tres sentencias relativas a ella."

"Segundo caso: Seducción dolosa.—La Ley de 1912, inspirada por la jurisprudencia relativa a la reparación de la seducción, admite la investigación de la paternidad, en el caso en que la madre haya sido víctima de una seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas. El texto se refiere, entre estas maniobras, al abuso de autoridad, que hablando propiamente, no constituye un dolo, y a la promesa de matrimonio o esponsales."

"Tercer caso: Confesión escrita de paternidad.—La confesión del padre es una prueba directa, pero cuando no existe bajo la forma de un reconocimiento, está sometida a las facultades discrecionales de apreciación de los tribunales. El art. 340-3o. decide que la confesión solamente sirve de base a la declaración judicial de paternidad. Debe hallarse contenida en una carta o documento privado que emane del padre, siendo necesaria la presentación de este escrito."

"Cuarto caso: Concubinato notorio.—Cuando dos personas han vivido maritalmente, en el período legal durante el cual ha sido posible la concepción, puede declararse judicialmente la paternidad. En este caso el legislador se ha inspirado en la presunción de paternidad estable-

cida por el Código Civil para la filiación legítima, pero esta presunción no tiene el carácter de legal. Dada la frecuencia de las uniones libres, este caso es de gran aplicación.

El concubinato debe ser notorio, no porque esta notoriedad haga verosímil la paternidad, sino porque su prueba será más segura."

"Quinto caso: sostenimiento y educación del hijo.—Cuando una persona prové total o parcialmente, como padre, a los gastos de mantenimiento y educación de otra, su conducta se considera como una confesión tácita de paternidad. En las discusiones de la ley se confundió erróneamente este hecho con la verdadera posesión de estado." (Planiol, *ob. cit.*, págs. 191 a 196).

8.—*La investigación de la paternidad en nuestro derecho.*—Nosotros tenemos unos casos idénticos y otros análogos. Desde luego admitimos la investigación de la paternidad cuando haya no sólo violación o rapto, sino también estupro, si la fecha del delito respectivo coincide con la probable de la concepción.

Transcribiremos a continuación los preceptos del Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales que respectivamente definen los delitos de estupro, violación y rapto.

Art. 262.—Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o engaño, se le aplicarán de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos.

Art. 265.—Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de dos a ocho años.

Art. 266.—Se equipara a la violencia, la cópula con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir.

Art. 267.—Al que se apodere de una mujer, por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse, se le aplicará la pena de seis meses a seis años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos.

Art. 268.—Se impondrá también la pena del artículo anterior, aunque el raptor no emplee la violencia ni el engaño, sino solamente la seducción y consienta en el rapto la mujer, si ésta fuere menor de dieciséis años.

Art. 269.—Por el solo hecho de no haber cumplido dieciséis años la mujer robada que voluntariamente siga a su raptor, se presume que éste empleó la seducción.

Además de estos tres casos, por violación, rapto o estupro, se podrá investigar la paternidad cuando exista concubinato notorio. Pero reque-

rimos de manera expresa que ese concubinato sea viviendo ambos concubinos bajo el mismo techo. No admitimos el caso de seducción dolosa ni la simple obligación de dar alimentos y de cumplir con ellos, pero en cambio, sí reconocemos que se investigue la paternidad ante la prueba de la posesión de estado frente a un presunto padre, que no sólo se acredita en virtud de los alimentos sino sobre todo por el trato que dé al presunto hijo, considerándolo como tal.

Por último, admitimos como en la ley francesa, que la paternidad podrá investigarse si hay un principio de prueba; pero ya no requerimos que sea por escrito, y esto tiene la ventaja de permitir una gran flexibilidad en cuanto a las pruebas que puedan rendirse, que generalmente para hombres incultos que incluso no saben escribir o para aquellos que quieran eludir su responsabilidad, nunca aparecerá la prueba escrita, pero sí habrá presunciones muy graves que puedan autorizar al juez para declararla. Por ejemplo, como se hacía en el antiguo derecho, ante la conducta del hombre con motivo del parto, al afrontar los gastos en el sanatorio respectivo, entendiéndose con el médico o la partera. Por eso sería injusto exigir siempre, como ocurre en Francia, un principio de prueba por escrito que provenga del presunto padre, en el que de manera directa o indirecta tenga que reconocer la paternidad. Generalmente los consejos escritos para provocar el aborto, los tribunales franceses los estiman como prueba por escrito de la cual se puede presumir la paternidad en relación con otras pruebas, por ejemplo, la de testigos, en el sentido de que aquel que da el consejo de aborto es el que ha sostenido relaciones amorosas con esa mujer.

En nuestro derecho, el art. 382 dice: "La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida: I.—En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. II.—Cuando el hijo se encuentra en la posesión de estado de hijo del presunto padre. III.—Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritablemente. IV.—Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre." En estas cuatro fracciones en realidad se comprenden seis casos, porque en la primera hay tres: rapto, estupro o violación, y ya en las siguientes, la posesión de estado, el concubinato, o la existencia de una prueba contra el pretendido padre.

El art. 383 admite en materia de concubinato, las mismas presunciones que ya conocemos para el matrimonio: "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina. I.—Los nacidos después de ciento ochenta

días contados desde que comenzó el concubinato. II.—Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina."

En el art. 384 se define la posesión de estado para investigar la paternidad, la cual no requiere los tres elementos clásicos de nombre, trato y fama, pues basta con el trato del presunto padre o de la familia paterna, pero se agrega que éste hubiera proveído a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo. Dice así: "La posesión de estado, para los efectos de la fracción II del art. 382, se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento."

Federico Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, págs. 47 a 50.

Por último, el art. 387 expresamente prohibe un medio que la ley francesa de 1912 reconoce para investigar la paternidad o sea, el hecho de dar alimentos al reclamante, que no lo autoriza para de ahí poder investigar la paternidad. Dice así el precepto: "El hecho de dar alimentos no constituye por sí solo prueba, ni aún presunción de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas." Es peligroso, como la hace la ley francesa de 1912, que por dar alimentos después se pueda investigar la paternidad. Esto motivaría, por ejemplo, que en ciertos casos, cuando por un espíritu de caridad, de amistad o de parentesco, se auxilie a un menor, se lleve el riesgo de que después, por aquellos auxilios permanentes en calidad de alimentos, se impute la paternidad, y se admita una demanda de investigación de la misma, que prosperaría, demostrándose el hecho.

9.—*Investigación de la maternidad.*—Si la investigación de la paternidad está limitada a los seis casos que enumera el artículo 382 del Código Civil, por las razones que ya expusimos, en cambio, la investigación de la maternidad es absolutamente libre en principio y se puede acreditar por todos los medios ordinarios de prueba, justificando el parto y la identidad del hijo.

En el derecho francés no se admite una absoluta libertad de prueba en la investigación de la maternidad, pues no se reconoce la posesión de estado en cuanto a la madre, como prueba de la misma, a diferencia de lo que permite nuestro derecho. Tampoco exigimos nosotros que exista un principio de prueba por escrito, como lo requiere el artículo 341 del Código francés.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, págs. 204 a 205

Sólo se impone una limitación para investigar la maternidad en nuestro derecho o sea, cuando se pretende imputar el hijo a una mujer casada, considerándolo como hijo natural y, por consiguiente, afirmando que es un hijo adulterino. Cuando el marido hubiese desconocido al hijo y exista sentencia que declare la ilegitimidad del mismo, sí podrá investigarse la maternidad respecto a la mujer casada, porque debido a la impugnación que llevó a cabo el marido, quedó desconocida la presunción que establece que los hijos de la mujer casada, salvo prueba en contrario, se consideran hijos de su marido. Los artículos 360, 385 y 386 reconocen estos principios para la libre investigación de la maternidad. Dicen así: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad." "Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será permitira cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada." "No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad, si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal." La sentencia civil a la que se refiere este último precepto, es la de impugnación de la legitimidad del hijo por parte del marido. La sentencia criminal es la de adulterio de la mujer casada, para que ya exista una base a fin de que ese hijo pueda considerarse concebido en dicho adulterio.

Están relacionados con los preceptos citados, los artículos 62, 63 y 64, así como el 374, que mantienen la misma idea, es decir, impedir, según los casos, que se investigue la maternidad imputando el hijo a la mujer casada; o que se registre como un hijo distinto del marido, el que tuviese aquélla; o bien que se pudiere reconocer por un hombre distinto del marido. Es decir, todo ello es en función de los intereses superiores del hijo y del marido, para que el primero pueda defender su legitimidad y, el segundo, si no lo impugna, impedir que pueda ostentarse como padre, otro hombre distinto del marido.

10.—*Libertad de prueba en la investigación de la maternidad.*— Nuestro derecho en una forma absolutamente liberal permite que el hijo pueda investigar su maternidad aportando todos los medios ordinarios de prueba, sin requerir, como ocurre en el derecho francés, que exista un principio de prueba por escrito.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, págs. 185 y 186.

Tiene aplicación constante nuestro artículo 385, que permite acreditar la maternidad con todos los medios ordinarios de prueba. En el caso de la sucesión intestada, a su vez el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles permite al hijo acreditar su filiación por medio de la prueba legalmente posible. Dice así: "Los herederos ab-intestato que sean descendientes del finado, podrán obtener la declaración de su derecho justificando con los correspondientes documentos o con la prueba que sea legalmente posible, su parentesco con el mismo y con información testimonial que acredite que ellos o los que designen son los únicos herederos." Es así como incluso dentro del juicio sucesorio, sin necesidad de un juicio especial, se puede acreditar mediante testigos a quienes les conste el hecho del parto y la identidad del hijo, la maternidad que da derecho a heredar al hijo natural.

11.—*La maternidad puede acreditarse libremente en cualquier juicio que verse sobre este hecho.*—En tanto que la paternidad sólo puede ser investigada en el juicio ordinario correspondiente, intentándose la acción en forma, para que la controversia exclusivamente se refiera al hecho de la paternidad y se demuestre que el caso se encuentra comprendido en uno de los seis, que enumera el artículo 382, la maternidad puede libremente comprobarse tanto en el juicio ordinario especial de investigación, en cuyo caso la controversia se referirá exclusivamente a la filiación materna, como en el juicio sucesorio de intestado o en el de alimentos, en donde la cuestión fundamental será el derecho del hijo para heredar a la madre o para exigirle alimentos y como un elemento de esa acción, se acreditará previamente la maternidad. Por ello no se requiere en los juicios sucesorios que primero el presunto heredero tenga que seguir un juicio ordinario especial para obtener sentencia que declare que la autora de la sucesión es su madre, sino que a través del mismo juicio de intestado y en la información testimonial que permite el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles, acreditará su filiación y, por consiguiente, su derecho a heredar a la autora de la sucesión, como también podrá hacerlo en el juicio sumario de alimentos. El juez tendrá que admitir las pruebas relacionadas con ese elemento de la acción alimentaria que se hace consistir en el parentesco en línea recta de primer grado, de acuerdo con los arts. 360 y 384, que sólo requieren justificar que el reclamante es el mismo hijo que dio a luz la demandada.

12.—*Epoca de ejercicio de las acciones de investigación de la paternidad y maternidad.*—Estas acciones de investigación de la paternidad

y de la maternidad, en principio sólo pueden intentarse en vida de los padres; pero si hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, éstos podrán intentar la acción dentro de los cuatro años siguientes a su mayoría de edad, es decir, hasta antes de que cumplan veinticinco años. Dice al efecto el art. 388: "Las acciones de investigación de la paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derechos de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad."

13.—*Sólo el hijo o sus descendientes pueden intentar la acción de investigación de la maternidad.*—Permite el artículo 385 que la investigación de la maternidad se lleve a cabo por el hijo o sus descendientes. No todos los herederos, por consiguiente, pueden intentarla, sino exclusivamente sus descendientes. No dice con claridad el precepto si éstos pueden también deducir la acción durante la vida del hijo, de manera que la misma pudiere favorecer no sólo a éste sino al nieto, al bisnieto, etc., que tenga que valerse de ella para demostrar su entroncamiento. En materia de alimentos se daría la posibilidad de que directamente el descendiente de ulterior grado pudiere acreditar su entroncamiento para tener derecho a los mismos. En cambio, en materia hereditaria no se podría dar esta posibilidad, porque si vive el hijo, excluye a sus descendientes en cuanto al derecho de recibir la porción hereditaria correspondiente. Por lo tanto, éstos no pueden concurrir a la herencia al mismo tiempo con aquél. Los descendientes de seguro o ulterior grado sólo tienen derecho a heredar por estirpes, es decir, en sustitución del ascendiente premuerto.

Planiol, *ob. cit.*, t. II, pág. 187.

CAPITULO IX

Del Reconocimiento de los Hijos Naturales

1.—*Definición.*—El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación. Por consiguiente, son elementos del reconocimiento, los siguientes: a).—Es un acto jurídico. b).—Unilateral o plurilateral. c).—Solemne. d).—Por virtud del mismo, el que reconoce asu-

me todos los derechos y obligaciones que la ley impone al padre o a la madre, en relación al hijo.

2.—*El reconocimiento es un acto jurídico.*—El primer elemento consistente en que el reconocimiento es un acto jurídico, no es generalmente aceptado por la doctrina, porque se dice que en verdad el reconocimiento no crea derechos y obligaciones, sino que es el vínculo consanguíneo el que los crea. En el acto jurídico, por virtud del acto mismo, es decir, exclusivamente por virtud de la voluntad de su autor, se crea una situación que antes no existía. Por ejemplo, en un contrato, las partes exclusivamente por su voluntad, crean obligaciones. Para el reconocimiento se afirma que no es la voluntad del padre o de la madre, la que crea las obligaciones, sino que éstas la ley las impone por virtud del vínculo consanguíneo. De tal manera que el reconocimiento sólo es un medio de prueba, no un acto creador de derechos y obligaciones. Por lo que después expondremos, se explicará la verdadera naturaleza del reconocimiento, como un verdadero acto jurídico.

Manuel Albaladejo García, *El Reconocimiento de la Filiación Natural,* Editorial Bosch, Barcelona, 1954, págs. 187 a 196.

3.—*La naturaleza jurídica del reconocimiento en el ámbito de la doctrina.*—Precisamente es tan importante este aspecto del reconocimiento, que el autor español Manuel Albaladejo García, ha publicado una monografía denominada: "El Reconocimiento de la Filiación Natural" (Editorial Bosh, Barcelona, 1954) para exponer todas las teorías y las distintas soluciones que fundamentalmente en la doctrina italiana y francesa se han dado para explicar la naturaleza jurídica del reconocimiento, llamándonos la atención sobre que éste es un problema jurídico en el que ni siquiera podemos exponer posturas definidas. No es el caso de la mayoría de los problemas en que es posible presentar puntos de vista en ocasiones contradictorios, opuestos, radicalmente distintos, pero perfectamente definidos. Porque en esta materia existen dentro de cada postura posible que podríamos tratar de estructurar, tal cantidad de variantes, de distingos, que en rigor es un verdadero laberinto.

"La naturaleza jurídica del reconocimiento ha sido y es objeto de controversia, y quizás el punto donde tal controversia sea más intensa y extensa de todos los que se discuten en el campo jurídico. En otros simplemente se afirma o se niega algo, alegando razones en pro o contra, pero sin establecer más distinción. Mas en éste, a veces ni hay acuerdo entre los que atacan una construcción ni entre los que la defienden. Cada uno de aquéllos o de éstos lo hace por razones distintas, de tal forma que las teorías se multiplican. Y así, por ejemplo, se niega que el reconocimiento sea un negocio jurídico, pero quien lo hace para sostener

que es un acto jurídico en sentido estricto, quien para afirmar que es un medio de prueba, una confesión, quien para defender que es un acto de poder. O bien, se afirma que es tal negocio jurídico, y entonces surge la discrepancia sobre qué clase de negocio sea.

Los inconvenientes para precisar la naturaleza jurídica de la institución que estudiamos, y el desacuerdo doctrinal sobre la misma, han hecho afirmar entre nosotros a De Buen que la naturaleza del acto de reconocimiento es compleja y puede difícilmente ser definida". (Manuel Albaladejo García, *ob. cit.*, pág. 33).

Distinguiremos lo que podría ser la clasificación más simple, para diferenciar tres teorías: 1.—*La del reconocimiento confesión.* 2.—*La del reconocimiento admisión* y 3.—*La del reconocimiento declaración.*

4.—*Reconocimiento confesión.*—En esta teoría simplemente se considera que el reconocimiento es un medio de prueba especial, consistente en la confesión que se rinde, judicial o extrajudicial, para dejar establecido que el que reconoce engendró al reconocido, afirmando que tiene la convicción, la certeza o la creencia fundada de que es su progenitor. En la madre dependerá del momento del reconocimiento para tener absoluta certeza en cuanto al mismo, a fin de que la confesión sea apoyada por una convicción plena. Por ejemplo, cuando después del parto presenta al hijo ante el Oficial del Registro Civil y lo reconoce. O bien, la madre que al correr el tiempo cree que el hijo que dio a luz es el que en un momento dado reconoce, y entonces su confesión podrá tener mayor o menor valor de certeza, de convicción, según las circunstancias por haber mantenido o no contacto con el hijo.

Manuel Albaladejo García, *ob. cit.*, págs. 34 a 36.

5.—*Reconocimiento admisión.*—Esta teoría supone que quien reconoce quiere admitir y admite que el reconocido es su hijo, para constituir la relación jurídica de filiación y convertir una simple relación biológica de procreación, en una relación jurídica. Es decir, para conferir un estado al reconocido y para atribuirse a su vez un estado que antes no se tenía, el de ser padre o madre. Implica la creación de una verdadera situación jurídica permanente entre el que reconoce y el reconocido, status filii o estado de filiación, por cuanto que va a vincular constantemente durante la minoría o la mayoría de edad, para una gran variedad de consecuencias de derecho, a esos dos sujetos. Al efecto, durante la minoría de edad, ese estado de filiación se va a manifestar en el ejercio constante de la patria potestad. En la posibilidad, por lo tanto, de interferir diariamente en la conducta, en la persona y en el patrimonio del reconocido. El tener obligaciones frente a él, pero también derechos y en

ocasiones esta atribución de estado no sólo va a ser en beneficio del hijo que se reconoce. Puede serlo, y éste es uno de los problemas más serios, en beneficio de quien reconozca, si en un momento dado, por ejemplo, a aquel a quien se reconoce menor o mayor de edad, se encuentra en una magnífica posición económica. Si el menor, por don de la fortuna, adquirió bienes de importancia, el reconocimiento puede perseguir esa finalidad interesada de exigir después alimentos al hijo que se reconozca, porque está en condición de darlos, de llegar a heredar si muriere el hijo. De manera que dependerá entonces de la voluntad de quien reconoce crearse una situación jurídica bonancible con miras más que de admitir un estado, beneficiarse de las consecuencias de tipo patrimonial que tendrá consigo atribuirse el carácter de padre o madre.

En la teoría del reconocimiento admisión, ya no hay un simple medio de prueba, ya existe un verdadero acto jurídico, por cuanto que hay en su autor la intención de crear efectos de derecho al afirmar que ha engendrado al hijo, al transformar la posible relación simplemente biológica, en una relación jurídica cierta, y en un estado jurídico que va a originar múltiples consecuencias de derecho.

Manuel Albaladejo García, *ob. cit.*, págs. 42 y 43.

6.—*Reconocimiento declaración.*—Pretende esta teoría tomar de las dos anteriores lo que puedan tener de verdad, pero al mismo tiempo ser muy flexible, muy amplia, para comprender aquellas otras situaciones que no encajan ni en la confesión, ni en la admisión como acto jurídico que atribuye el estado de filiación natural, y ello porque se considera que hay una declaración de voluntad que puede o no corresponder a la realidad.

Manuel Albaladejo García, *ob. cit.*, págs. 36 y 37.

No hay una confesión, porque parte de la noble posibilidad de ser o no cierta la relación que se declara y si el reconocimiento fuese siempre confesión, tendríamos que partir de la base que sólo pueden ser reconocidos los hijos que realmente se hubiesen engendrado. Ahora bien, como el derecho no exige prueba previa, o por lo menos que se llegue a demostrar con elementos serios de convicción que el que reconoce es quien engendró al hijo, sino que el reconocimiento depende de la convicción del que reconoce y no de la que se forme un juez, afirma esta tercera teoría que en el fondo hay sólo una declaración cierta que tendrá las características de una confesión, o declaración que no corresponda a la verdad, pero que jurídicamente opera, porque se manifiesta la voluntad con la

intención de admitir la relación de paternidad o maternidad, aun cuando no existiera. Y entonces ya este aspecto de la declaración acepta la segunda teoría, cuando hay duda, o hasta cuando hay elementos en contra de la convicción misma de quien reconoce, para hacer prevalecer en el acto del reconocimiento la simple declaración jurídica de que se es padre o madre, como afirmación que podrá corresponder o no a la verdad. También en la teoría de la declaración, pueden coincidir, por un lado, la confesión como medio de prueba y, por el otro, el acto jurídico como una voluntad que se declara con el propósito de crear consecuencias de derecho. Es decir, no prejuzga para inclinarse bien a la tesis de que el reconocimiento sólo es un medio de prueba, o la tesis opuesta de que el reconocimiento sólo es un acto jurídico que libremente crea por la manifestación de voluntad de quien reconoce, los derechos y las obligaciones, sino que conjuga las dos manifestaciones para comprender la gran variedad de modalidades que presenta el reconocimiento como acto confesión y como acto admisión. Como medio de prueba y como un verdadero acto jurídico.

Manuel Albaladejo García, *ob. cit.*, págs. 37 y 38.

7.—*Críticas que se han hecho a las teorías expuestas.*—Por lo que se refiere a la teoría del reconocimiento confesión, que principalmente defiende Planiol, se ha pensado que si el mismo fuese un verdadero medio de prueba ante la confesión que se rinde para que surta efectos como toda confesión en un juicio y, por lo tanto, que se lleva a cabo ante un juez y bajo protesta de decir verdad, sólo habría una especial forma de reconocimiento, que sería la que nuestro Código Civil llama confesión judicial directa y expresa.

Por otra parte, la confesión se considera que siempre tiene valor probatorio en perjuicio del confesante, nunca se le da valor a todo aquello que beneficie a quien confiesa, porque como es natural, si se fuese a atribuir valor en todo lo que se declara en una confesión, la parte en el juicio podría mejorar su situación jurídica por el simple hecho de afirmar, por ejemplo, que no es deudor, o que es deudor de una cantidad distinta de la que reclama el acreedor, etc. Por esto la confesión sólo hace prueba en lo que perjudica a quien la hace. En cambio, el reconocimiento se toma en cuenta no sólo en lo que pudiese crear obligaciones y, por consiguiente, perjudicar patrimonialmente a quien reconoce, sino también en lo que le beneficie o sea, en los derechos que le atribuye. Una vez que el reconocimiento se ha hecho con todos los requisitos legales, se producen efectos tanto en favor como en contra de quien lo hace y, por lo tanto, no puede ser una simple confesión que sólo se to-

maría en cuenta en lo que perjudicase a quien reconoce. Es decir, sólo para imponerle obligaciones y no para concederle derechos.

En la segunda teoría, el reconocimiento como una admisión que dependa de la voluntad de quien reconoce, para atribuir un estado jurídico, se considera que esto sería exacto si el reconocimiento no fuese impugnable. Si bastara la voluntad de quien reconoce para atribuir el estado jurídico y, sobre todo, para atribuirse el carácter de padre o de madre, sin tener los derechos consiguientes. Piénsese por ejemplo, en la posibilidad que podría haber para intervenir en la educación de un menor, para molestar a la madre, para ejercitar una represalia contra ésta, y para tener una posibilidad de contacto a través del hijo, en aquel amante fracasado, despreciado por la madre, que no tuvo ninguna relación sexual con ella, y que después quiere emplear el medio del reconocimiento atribuyéndose la paternidad a sabiendas de que no es el padre, sólo como una represalia contra la madre.

8.—*Teoría del reconocimiento como acto de poder familiar.*—Cicu afirma que el reconocimiento es en verdad un acto de poder que la ley otorga al padre o la madre por considerarlo como un órgano de la familia capacitado para exteriorizar esa voluntad. Este autor cree que es un poder y, además, un deber, el que tiene el padre al reconocer al hijo; que así como se atribuye autoridad al padre, se le impone la obligación de reconocer al hijo. Por eso dice que no es un poder discrecional que dependa del arbitrio de quien reconoce, sino una función que la naturaleza impone y que el derecho admite. Ahora bien; esta tesis sería correcta si se exigiesen pruebas para que el reconocimiento fuese válido a fin de demostrar la relación de paternidad o maternidad en su caso, y además hubiese un reconocimiento obligatorio, pues podrían darse las dos situaciones: bien porque quien reconozca no tenga pruebas que rendir y entonces se desecharía el reconocimiento; o porque a pesar de las pruebas que se presentasen en su contra, no quisiere hacer el reconocimiento, y entonces tendríamos un reconocimiento obligatorio o forzado, en donde el juez tendría que pronunciarlo en rebeldía de aquel que siendo padre o madre se niega a reconocer, tal como lo admite el Código Civil español. En verdad, según nuestro derecho, existe esta sentencia del juez, pero no como reconocimiento, sino que se pronuncia en la investigación de la paternidad o la maternidad, para declarar la filiación.

Cicu, *ob. cit.*, págs. 212 a 214.

9.—*El reconocimiento como negocio jurídico.*—La teoría del reconocimiento como un negocio jurídico especial del derecho de familia, postula los siguientes principios: el negocio jurídico de familia o familiar atribuye las consecuencias de derecho no a voluntad de quien lo realiza, sino a la ley. Son consecuencias ex lege y no es ex voluntate. En cambio, en el acto jurídico en sentido amplio, y en el mismo negocio jurídico de contenido patrimonial, las consecuencias jurídicas se producen exclusivamente porque quiere producirlas su autor.

Cicu, *ob. cit.*, págs. 214 y y sigts.
Albaladejo García, *ob. cit.*, págs. 39 a 44.

10.—*El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral.*—En efecto, puede realizarse por una sola manifestación de voluntad o pueden intervenir en su celebración varias declaraciones de voluntad. El reconocimiento es un verdadero acto jurídico unilateral, cuando se hace al presentar al hijo al Oficial del Registro Civil, dentro del término que la ley da para levantar su acta de nacimiento, es decir, quince días al padre y cuarenta a la madre, siguientes al en que ocurrió el alumbramiento. En tal caso bastará que en dicha acta se haga constar la manifestación expresa que hiciere el padre o la madre ante el Oficial del Registro Civil, reconociendo al hijo. En cambio, el reconocimiento del hijo será un acto plurilateral, por el solo hecho de no presentarlo para su registro dentro del término legal, o cuando habiéndolo presentado, no se hizo su reconocimiento en el acta correspondiente. En estas dos hipótesis, habrá de levantarse un acta especial de reconocimiento ante el mismo Oficial del Registro Civil, pero tendrá que nombrarse un tutor especial para que represente al hijo si es menor de edad. Además, si el hijo ya cumplió 14 años, deberá manifestar su conformidad con el reconociminto, y en el supuesto de que fuese mayor de edad, ya no intervendrá el tutor, pero sólo podrá llevarse a cabo, si consintiere en el mismo.

Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, pág. 77.

Como el reconocimiento puede hacerse también por confesión judicial directa y expresa, por testamento o por escritura pública, estas tres formas le dan al reconocimiento el carácter de un acto jurídico unilateral.

11.—*Reconocimiento mediante confesión judicial.*—La confesión judicial directa y expresa consiste en absolver posiciones ante el juez bajo protesta de decir verdad. Estas posiciones que son preguntas que se hacen al que deba rendir su confesión, deben tener ciertos requisitos, formular-

se siempre en sentido positivo, sólo comprender un hecho, estar relacionadas directamente con la controversia, es decir, con el juicio de que se trate. Por lo tanto, esta confesión por la cual se logra el reconocimiento de un hijo, no puede hacerse en cualquier juicio, porque la confesión debe estar relacionada directamente con los puntos controvertidos.

12.—*Reconocimiento mediante testamento.*—En el art. 369 se dispone que el reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio deberá hacerse de alguno de los modos siguientes: 1o.—En la partida de nacimiento ante el Oficial del Registro Civil. 2o.—Por acta especial ante el mismo oficial. 3.—Por escritura pública. 4o.—Por testamento, y 5o.—Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento que se lleve a cabo en un testamento, es también un acto jurídico unilateral. Por definición el testamento se caracteriza precisamente como un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por virtud del cual una persona capaz instituye herederos o legatarios, o declara y cumple deberes con trascendencia jurídica para después de su muerte. La función normal del testamento es la de instituir herederos o legatarios; pero además puede tener por objeto declarar o cumplir deberes que produzcan consecuencias jurídicas para después de la muerte. De esta manera puede el testamento otorgarse para reconocer a un hijo, porque evidentemente se está cumpliendo con un deber que produce consecuencias jurídicas, consistentes en crear derechos y obligaciones entre el hijo y el testador, no sólo para después de su muerte, sino incluso durante su vida.

Albaladejo García, *ob. cit.,* págs. 120 y 121.
Puig Peña, *ob. cit.,* págs. 77 y 78.

Más aún, puede el testador revocar su testamento y, sin embargo, el reconocimiento no puede revocarse ya. Es de la esencia de todo testamento ser revocable, por eso va contra su esencia misma el estipular su no revocabilidad. Por ello la cláusula de no revocar el testamento es inexistente, pero hay una disposición testamentaria que sí es revocable, la que se refiera al reconocimiento del hijo, porque en ella simplemente se declaró un hecho. Se admitió la paternidad o la maternidad y, por lo tanto, ya no hay la misma razón que existe para que el testador pueda dejar sin efecto sus disposiciones de última voluntad. Dice el artículo 367: "El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento."

Cicu, *ob. cit.,* pág. 224.

13.—*Reconocimiento mediante escritura pública.*—Por último, el reconocimiento puede hacerse por escritura pública, y aquí nuevamente encontramos la posibilidad de un acto jurídico unilateral.

Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, págs. 78 y 79.

14.—*Impugnación del acto unilateral del reconocimiento.*—No dice la ley que ocurrirá cuando se reconozca por declaración judicial directa o expresa, por testamento o por escritura pública, a un hijo mayor de edad, porque esta clase de actos jurídicos se supone que se realizan exclusivamente por el que rinde la confesión ante el juez, por el testador, o por el padre o madre que comparecen ante el notario público a otorgar un acta para llevar a cabo el reconocimiento. Sin embargo, debemos aplicar aquí las mismas normas que existen para proteger al hijo mayor de edad, a fin de que no pueda reconocérsele sin su consentimiento, y aun cuando el reconocimiento se formule de manera unilateral, en testamento, en escritura pública o por confesión judicial, el hijo mayor de edad reconocido podrá oponerse al mismo. Si en los casos en que se haga el reconocimiento del hijo mayor ante el Oficial del Registro Civil, se requiere su absoluta conformidad, no hay razón alguna para no exigir ésta, cuando el reconocimiento se lleva a cabo en un acto que es unilateral en la forma en que se realiza: testamento, escritura o confesión, pero para que surta efectos tendrá que convertirse en bilateral. Es decir, propiamente debemos considerar que tratándose de los hijos mayores de edad, quedará a su arbitrio admitir o rechazar el reconocimiento que se hiciere en escritura pública, en testamento o por confesión judicial directa o expresa.

Para el caso de confesión habría que distinguir si ésta se obtiene en un juicio en el cual el hijo mayor de edad ha demandado al padre o a la madre, pues si en relación con la controversia obtiene esa confesión, entonces es evidente que por anticipado admite el reconocimiento, ya que lo está exigiendo y por ello obtiene la confesión del demandado. Pero como pudiere ocurrir, por ejemplo, en un caso de divorcio o de nulidad de matrimonio, que la confesión la rindiese el padre o la madre, no por la demanda del hijo, sino por la del otro cónyuge, entonces el hijo mayor de edad reconocido en esa confesión, siempre podrá oponerse y desconocer el reconocimiento.

La ley en general da a todo hijo menor reconocido, cuando llega a su mayoría de edad, el término de dos años para oponerse a un reconocimiento. De manera que a mayoría de razón, si el reconocimiento se hace por un acto unilateral sin que comparezca el hijo mayor de edad,

podrá éste oponerse. Se plantea el problema de si será necesaria una acción de tal manera que le corra el término de dos años en que supo del reconocimiento para oponerse previo el juicio correspondiente, o bien bastará con que el hijo repudie también de manera unilateral el reconocimiento.

Creemos que como en ocasiones el reconocimiento fundamentalmente se traduce en obligaciones para el hijo reconocido y en derechos o beneficios que pretenda obtener el que reconozca, bastará un acto unilateral de repudiación, para que no puedan exigirse las consecuencias que se pretendan derivar de un reconocimiento en donde fundamentalmente se van a obtener beneficios patrimoniales o derechos por parte de quien reconoce. De lo contrario, por ejemplo, para cualquier mayor de edad que no hubiese sido engendrado en matrimonio, que además, no hubiese sido reconocido por cierto hombre durante su minoría de edad y que en un momento dado sea plenamente solvente, podría aprovecharse el reconocimiento unilateral hecho en escritura pública, para que cierto sujeto pretendiese después ostentarse como su padre y deducir derechos frente al pretendido hijo, aprovechando la circunstancia de que, según su acta de nacimiento, aparece como hijo natural de padre desconocido. Por esto bastará la repudiación unilateral del reconocido menor o mayor de edad, para dejar sin efectos jurídicos al reconocimiento que se lleve a cabo por confesión judicial directa y expresa, si no es obtenida por el hijo, o bien, por escritura pública o por testamento. Pensar lo contrario sería como admitir que un particular puede autoconferirse derechos por su propia voluntad. Es decir, otorgarse a su arbitrio ciertos derechos, dándose la calidad de padre o de madre, para después deducir ventajas económicas, especialmente el derecho de alimentos o el de heredar.

Las anteriores consideraciones son también aplicables a la impugnación del reconocimiento de los hijos menores de edad, en virtud de que para la validez del mismo se requiere la conformidad del tutor que al efecto se designe, tal como ocurre en el reconocimiento hecho en acta especial ante el Oficial del Registro Civil.

15.—*El reconocimiento es un acto solemne.*—Otra característica del reconocimiento es la de ser un acto solemne. La solemnidad, como ya hemos explicado, es una formalidad especial de la cual depende la existencia del acto jurídico.

Como el reconocimiento sólo puede otorgarse a través de las cinco formas únicas que la ley reconoce (acta de nacimiento; acta especial del reconocimiento ante el Oficial del Registro Civil; testamento; escritura pública o confesión judicial directa y expresa), no podrá considerarse

como un reconocimiento nulo, pero existente, el que se hiciere, por ejemplo, en una carta o en un contrato privado. Si el acto fuera simplemente formal, dicho reconocimiento podría quedar convalidado por el cumplimiento voluntario de las obligaciones que como padre o madre hubiere llevado a cabo quien reconozca. Lo mismo si un reconocimiento se hiciere en un contrato privado en donde, por ejemplo, al estipular una pensión de alimentos, se declarase por el deudor en favor del acreedor, que éste es su hijo. En cambio, si ese contrato privado es otorgase en escritura pública, bien al reconocer una cierta obligación o en una declaración unilateral de voluntad en la que se manifestare que se hace una oferta de donación, en virtud de que el donante considera que el donatario es su hijo, ese reconocimiento, por ser hecho ante notario público, sí tendría plena validez. Si en lugar de otorgarse escritura pública se hiciere en un contrato privado de donación, no estaríamos ante un reconocimiento nulo, que podría quedar convalidado posteriormente por el cumplimiento voluntario o por una ratificación expresa, otorgando la escritura pública para que produjere sus efectos desde que se otorgó el documento privado, sino que estaríamos ante un acto jurídico inexistente, porque no se hizo en alguna de las cinco formas que reconoce el derecho. En este sentido, por consiguiente, no admite nuestra ley otras formas de hacer el reconocimiento.

Cicu, *ob. cit.*, págs. 217 y 218.

16.—*El reconocimiento es un acto jurídico irrevocable.*—Por ello, aun cuando se lleve a cabo por testamento y sea de la esencia de éste ser revocable, se hace la excepción de que el reconocimiento no puede revocarse.

Cicu estima que es dudosa la característica de irrevocabilidad del reconocimiento, cuando éste se haga en testamento.

Cicu, *ob. cit.*, págs. 223 y 224.

El carácter irrevocable del reconocimiento, no impide que pueda impugnarse en ciertos casos. Cuando en derecho decimos que un acto es irrevocable, simplemente se quiere significar que no puede quedar privado de efectos por la sola voluntad de quien lo llevó a cabo; que una vez realizado éste, ya no puede retractarse quien hizo la manifestación de voluntad.

Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, págs. 69 y 70.

Los actos revocables son aquellos que a pesar de haberse realizado, como el testamento, en cualquier momento se les puede dejar sin efecto. Pero los actos irrevocables como el reconocimiento, pueden ser nulos por haberse obtenido por error, engaño, violencia o por ser incapaz el que reconozca. De ahí la posibilidad de que se pueda después a través del juicio de nulidad demostrar que hubo error, engaño, violencia o que quien reconoció era incapaz. En consecuencia, a pesar de que el reconocimiento sea irrevocable, estará afectado de una nulidad relativa que hará valer el interesado.

Albaladejo García, *ob. cit.*, págs. 184 y 185.

17.—*El reconocimiento no es un acto personalísimo.*—Otra característica del reconocimiento es la de ser un acto personalísimo en sentido lato. Hay sistemas jurídicos en que el reconocimiento sólo puede hacerse directamente por el padre o la madre, sin que se admita la posibilidad de que lo haga un mandatario, aun cuando tenga un mandato especial. Nosotros admitimos que pueda llevarse a cabo por un apoderado con mandato que deberá constar en escritura pública, expreso para el acto de reconocer, o en documento privado, siempre y cuando se ratifiquen las firmas del otorgante y de los testigos, ante notario público, juez de primera instancia, menor o de paz. No dice el Art. 44 que ese poder deba ser especial, señalando quién es el hijo a quien deberá reconocer el apoderado; pero ello es evidente. No podría darse un mandato para que se reconozca en general a un hijo. Se tiene que dar un poder para que se reconozca a un individuo determinado a quien se considera hijo. Dice el Art. 44 en su párrafo segundo: "En los casos de matrimonio o de renocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, juez de primera instancia, menor o de paz."

Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, págs. 66 y 67.

18.—*Elementos esenciales del reconocimiento.*—Siendo el reconocimiento del hijo un acto jurídico, debemos estudiar sus elementos esenciales y de validez.

Hemos dicho que son elementos esenciales en los actos jurídicos: primero, la manifestación de voluntad; segundo, el objeto; y, tercero, el reconocimiento que la norma jurídica haga en mayor o menor medida a la declaración de voluntad, para atribuirle consecuencias de derecho.

Por lo tanto, el reconocimiento de un hijo natural, como acto jurídico, deberá tener estos tres elementos esenciales. Además, en ciertos actos jurídicos llamados solemnes, se eleva la forma a la categoría de un elemento esencial. El reconocimiento, según explicamos ya, es un acto jurídico solemne y, por lo tanto, tendrá este cuarto elemento esencial.

Analicemos sucesivamente, los cuatro elementos mencionados.

19.—*La manifestación de voluntad en el reconocimiento.*—Este primer elemento esencial, consiste en la manifestación de voluntad, ya lo hemos explicado al indicar que el reconocimiento puede ser un acto jurídico unilateral o plurilateral. Precisamos qué voluntades pueden formarlo cuando es acto jurídico plurilateral e indicamos que cuando es acto jurídico unilateral, queda constituido exclusivamente por la declaración de voluntad que lleve a cabo el padre o la madre, al afirmar que el reconocido es hijo suyo. Por lo tanto, ya no insistiremos más sobre este elemento.

Para los reconocimientos de carácter unilateral, lógicamente la ley no toma en cuenta la voluntad del reconocido, por lo que tal parece que en un reconocimiento que se lleve a cabo en escritura pública, por testamento o por confesión judicial directa y expresa, bastaría la voluntad de aquel que reconozca, aun cuando el reconocido fuese mayor de edad o ya hubiere cumplido catorce años, sin necesidad de nombrarle un tutor. Más aún, sin necesidad de que intervenga su voluntad, lo que evidentemente resultaría absurdo.

Sobre el particular hay una absoluta falta de regulación, hay verdaderas lagunas en el Código Civil, que parten seguramente de que el reconocimiento será aceptado por el reconocido; de que generalmente es benéfico a éste; de que por lo tanto, por testamento, por confesión, o por escritura pública, bastará la voluntad de quien reconozca; pero debemos considerar que en aquellos casos en que el reconocido se oponga al reconocimiento, porque no se tomó en cuenta su voluntad, bien por ser mayor de catorce años, o por ser mayor de edad, bastará su oposición para que el acto jurídico del reconocimiento, quede sin efecto alguno.

No puede alterarse todo el sistema jurídico que en protección del reconocido le está dando incluso acciones de nulidad para impugnar un reconocimiento en el que hubo engaño, error, o violencia. En los casos en que el reconocimiento se lleva a cabo ante el Oficial del Registro Civil, se rodea este acto con la protección que necesariamente supone la intervención de este funcionario, y se exige además la presencia de un tutor, si el reconocido es menor de edad, por lo que sería absurdo que un reconocimiento pudiera llevarse a cabo burlando la ley, sin nombrar

tutor, sin contar con la voluntad del reconocido, simplemente ocurriendo ante un notario público.

Ahora bien, la ley admite estas formas del reconocimiento, y así lo debemos entender, aunque no lo diga, para el caso de que el reconocido las acepte, sobre todo si son benéficas a él en el orden moral o económico, y entonces hay una especie de oferta de reconocimiento nada más, hay una voluntad unilateral en el sentido de reconocer, que sólo se perfeccionará hasta que el reconocido se adhiera a ella.

Ahora bien, esta adhesión puede ser, como ocurre también en los contratos, expresa o tácita. Habrá una adhesión tácita de voluntad, por el solo hecho de que el reconocido haga uso de los derechos que el reconocimiento le otorga, aun cuando se exponga a sufrir las obligaciones inherentes al mismo. Por ejemplo, sabe que hay un reconocimiento en escritura pública y le conviene usar el apellido de aquel que lo ha reconocido. El solo hecho de usar el apellido es una adhesión tácita, pero se expone a las obligaciones consiguientes, supongamos, si es persona solvente que podrá después tener la obligación de dar alimentos a quien lo reconoció.

20.—*El objeto, como elemento esencial en el reconocimiento.*—En los actos jurídicos se deben distinguir dos objetos: el directo que consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, y el indirecto que no siempre es constante, sino que se presenta en aquellos actos de contenido patrimonial, cuando los derechos o las obligaciones se refieren a los bienes, es decir, a todo elemento susceptible de un valor patrimonial estimable en dinero, directa o indirectamente.

En el reconocimiento, como acto jurídico que es, debe existir su objeto directo con el carácter de imprescindible, consistente en crear derechos y obligaciones. En nuestro sistema jurídico, se equipara el hijo natural con el legítimo, al otorgarle los mismos derechos. Por consiguiente, el padre o la madre que reconozcan al hijo natural, tendrán las mismas obligaciones que la ley impone al padre o la madre respecto a los hijos habidos en matrimonio. Por ello, una vez que se reconozca al hijo natural, se tiene la obligación de ejercer la patria potestad, que ya la convertimos en deber jurídico y no en un derecho. Si el reconocimiento se lleva a cabo simultáneamente por ambos padres, y viven juntos, no habrá problema, porque los dos ejercerán la patria potestad, como ocurre en el matrimonio; pero si viven separados y el reconocimiento lo hacen simultáneamente, determinarán quién de ellos ejercerá la patria potestad; si no se pusieren de acuerdo, el juez resolverá, tomando en cuenta lo que más convenga al menor.

Nuestro sistema jurídico en esto se distingue de los sistemas europeos o americanos, porque hemos hecho una equiparación completa en todos los aspectos, para que el reconocimiento atribuya al hijo reconocido, todos los derechos de un hijo legítimo, que no sólo quedará bajo los beneficios y la protección inherente a la patria potestad, sino que tendrá también el derecho de llevar el apellido de quien lo reconozca o ambos apellidos, si fue reconocido por padre y madre; el derecho de exigir alimentos y la porción hereditaria correspondiente en la sucesión legítima o ab-intestato. Si hubiere testamento y no se incluyere al hijo reconocido como heredero o legatario, o se le incluyere dándole una porción inferior a la que necesite para alimentos, ese hijo natural reconocido tendrá siempre el derecho de exigir alimentos, a pesar de la libertad de testar que se concede en general al autor de una herencia. Nuestro régimen de libre testamentifacción que faculta al testador para elegir libremente los herederos o los legatarios y, por consiguiente, para no imponer herederos forzosos, aún tratándose de los mismos hijos, sean legítimos o naturales reconocidos, tiene un límite consistente en asignar a estos hijos legítimos o naturales, la pensión alimenticia necesaria en función del caudal hereditario, es decir, de las posibilidades económicas de la herencia.

El artículo 389 del Código Civil dice: "El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos, tiene derecho: I.—A llevar el apellido del que lo reconoce. II.—A ser alimentado por éste. III.—A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley".

21.—*Reconocimiento que haga la norma jurídica a la manifestación de voluntad.*—En el reconocimiento existe un tercer elemento esencial que es la autorización que la norma jurídica establezca respecto a la manifestación de voluntad, para crear derechos y obligaciones.

En materia de reconocimiento de hijos naturales, podrían existir declaraciones de voluntad que dijeran: exclusivamente declaro que fulano de tal es mi hijo, sólo para el efecto de establecer el parentesco biológico, pero no le reconozco ningún derecho, ni este reconocimiento le autoriza a llevar mi apellido, ni por ello lo instituiré como heredero. La ley no tomará en cuenta todas estas manifestaciones de voluntad que son contrarias a la misma y en cambio, le dará efectos a todo aquello que aquel que reconoció no se propuso. Le bastará a la ley que se haya declarado en el acto del reconocimiento, que el reconocido es hijo, para que aunque no lo quiera el que reconozca, le imponga todas las obligaciones del padre o de la madre y le conceda al reconocido el derecho de llevar el apellido, de poder exigir alimentos, y en su caso, la herencia

correspondiente en el caso de intestado, aun cuando quien reconoció hubiese negado todas esas consecuencias jurídicas.

En el caso del reconocimiento bastará con que se declare o afirme la paternidad o maternidad, para que tengamos materia para el reconocimiento; es decir, para que a fortiori haya un objeto jurídico. Lo que nos hace pensar lo siguiente: hecha la declaración de voluntad de paternidad o maternidad, el objeto jurídico opera por ministerio de la ley. Se prescinde de lo que el sujeto quiera imponer como consecuencia de derecho, de lo que quiere desear, para que algunas se produzcan y otras no. El objeto ya existirá, porque la ley lo impone, dado que alguien reconoció a otro como su hijo. Tendrá las obligaciones de padre, quiéralo o no lo quiera, y es así como interviene este tercer elemento esencial, para que el acto jurídico exista en la medida en que la norma reconozca, imponga, reduzca o limite las consecuencias jurídicas que su autor haya declarado u omitido.

22.—*Elementos de validez en el reconocimiento.*—Pasamos a enunciar simplemente los elementos de validez del reconocimiento, que son los mismos que hemos venido estudiando para los actos jurídicos en general.

1o.—Capacidad de ejercicio.
2o.—Ausencia de vicios en la voluntad. (Es decir, que no haya error, dolo o violencia).
3o.—Licitud en el objeto, motivo o fin del acto.

Ya no mencionamos la forma, porque ésta fue elevada a la categoría de elemento esencial en el reconocimiento y sólo por lo tanto tendremos tres elementos de validez: la capacidad, la ausencia de vicios en la voluntad y la licitud en el objeto, motivo o fin del reconocimiento.

Cicu, *ob. cit.*, págs. 222 y 223.

23.—*Capacidad.*—Por lo que toca a la capacidad, se aplican las reglas generales que ya conocemos. Los menores no pueden reconocer, sin la autorización de quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o bien sin la autorización judicial en el caso de que el menor no esté sujeto a patria potestad o tutela. Pero, como se está reconociendo a un hijo, se necesita tener, siendo menor, por lo menos la edad para haberlo engendrado y ésta se calcula exigiendo que quien reconozca tenga, si es hombre, la edad de dieciséis años, más la del hijo que se reconozca; si es mujer, que tenga catorce años, más la edad del hijo que se reconozca.

Aquí la ley olvidó el término mínimo del embarazo que debió calcularse en beneficio del hijo. Esta omisión se desprende del artículo 361 que dice: "Pueden reconocer a sus hijos, los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido".

En el 362 se dice: "El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, sin la autorización judicial." Conforme a la parte final de este precepto, los menores emancipados necesitan de la autorización judicial para reconocer a un hijo, precisamente porque ya no están sujetos a patria potestad o a tutela.

Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, págs. 72 y 73.

En el reconocimiento, al requerir la ley una edad mínima, en rigor exige una cierta capacidad de goce, en virtud de que no teniendo el que reconozca esa edad mínima, habrá una imposibilidad jurídica para llevar a cabo el acto. Es decir, habrá un obstáculo de derecho que impedirá de plano que el sujeto pudiere tener la posibilidad normativa de reconocer. No estaría en su status jurídico esta posibilidad para poder siquiera realizar el acto.

En el caso del reconocimiento, si quien pretende reconocer resulta que sólo tenía la edad, supongamos, de cinco años en función de la edad del hijo a quien va a reconocer, no importa que transcurran diez, quince o veinte años para convalidar el reconocimiento. Siempre será falso que un sujeto haya podido engendrar a otro, desde el punto de vista biológico y jurídico, a los cinco años. En cambio, para el matrimonio nos dice el artículo 237: "La menor edad de dieciséis años en el hombre y de catorce en la mujer, dejará de ser causa de nulidad: I.— Cuando haya habido hijos". Es decir, se convierte para los efectos de esta regulación práctica, en protección a los hijos, la inexistencia en nulidad, lo que es jurídicamente un contrasentido. Es como convertir el no ser, en ser; la nada en algo. Pero esa nada jurídica del matrimonio contraído entre dos niños de diez años, es utilizada por el derecho como base para reconocer que existe un matrimonio, por la posibilidad que de hecho se mantuvo ante la idea de que estaban casados, para que después, al llegar a una edad en que ya tuvieron la posibilidad de engendrar, procrearon hijos y entonces aquella nada jurídica, el derecho la reconoce como base para que el acto quede convalidado. Es decir, la convierte en algo y le da existencia y más aún, la convalida retroactivamente.

En el reconocimiento de los hijos naturales, nunca podría presentarse este fenómeno y, por lo tanto, siempre será inexistente.

Para determinados actos jurídicos, la enajenación mental o la falta de inteligencia sólo constituye una incapacidad de ejercicio, porque el representante suple esa falta de inteligencia y hay la posibilidad de que el representado adquiera el derecho; por ejemplo, en un contrato; pero para otros actos jurídicos como el matrimonio o la adopción, como no siplemente se trata de realizar el acto, sino de que el sujeto que lo realice pueda cumplir con las funciones inherentes al mismo, entonces evidentemente que la enajenación mental o la privación de la inteligencia por idiotismo o por imbecilidad, constituyen verdaderas incapacidades de goce. Impiden de plano y para siempre que el sujeto pueda realizar el acto.

En el reconocimiento de los hijos, como se parte del hecho biológico de que ya el que reconoce engendró, si tiene la edad necesaria, no se toma en cuenta la capacidad mental, porque puede el enajenado, o el que carezca de inteligencia engendrar, y ante un hecho ya consumado, la ley tiene que admitir, si hay pruebas que hagan suponer que el reconocimiento corresponde a la realidad, que aquel que engendró, a pesar de ser un enajenado mental, un idiota o un imbécil, podrá llevar a cabo el acto por conducto de un representante. La ley aquí respeta las responsabilidades que la sangre impone.

Manuel Albaladejo García, *ob. cit.*, pág. 192.
Puig Peña, *ob. cit.*, t. II, v. II, págs. 74 y 75.

En cuanto a la capacidad para realizar este acto jurídico, tenemos que analizarla desde el punto de vista de el menor a quien se reconozca. La ley requiere que todo menor sea representado por un tutor especial, cuando el reconocimiento no se lleve a cabo al levantar su acta de nacimiento en el término legal y si ya cumplió catorce años de edad, exige que intervenga personalmente en el reconocimiento, asistido de su tutor. Si fuese mayor de edad, tendrá que ser parte en el reconocimiento y consentirlo.

Para el caso del reconocido menor de catorce años, hay un fenómeno de representación y para ello se le designa un tutor; si ya cumplió catorce años, pero aún no es mayor de edad, hay un fenómeno de asistencia. El tutor comparece no representando al menor, sino asistiéndolo, y por ello es fundamental que consienta en el reconocimiento el menor. No podría el tutor substituir al menor, como sí ocurre antes de que tenga catorce años.

Si el tutor estuviere de acuerdo en el reconocimiento, pero no el menor, este acto jurídico no podrá realizarse. A su vez, el fenómeno de asistencia implica que la voluntad del mayor de catorce años, no es decisiva, porque si no está de acuerdo el tutor, tampoco puede llevarse a cabo el reconocimiento.

24.—*Vicios de la voluntad en el reconocimiento.*—Tomando en cuenta que los menores de edad pueden ser víctimas de error, de engaño o de violencia, se les protege también en el caso de que sufran estos vicios de la voluntad, tanto al reconocer, como al ser reconocidos.

Ya estamos aquí ante otro requisito de validez del reconocimiento, consistente en que la voluntad se exprese sin vicio alguno. La ley no menciona la violencia, tampoco alude expresamente al error, sino que se refiere al dolo, empleando el término de engaño. Es decir, error provocado por maquinaciones o artificios; pero evidentemente que deben aplicarse al reconocimiento, como acto jurídico, las normas generales de los contratos, según dispone el artículo 1859 y, por lo tanto, será nulo cuando exista error, dolo o violencia.

Manuel Albaladejo García, *ob. cit.*, págs. 199 y 200.

Sobre el particular, sólo dice el artículo 363: "No obstante, el reconocimiento hecho por un menor es revocable si prueba que sufrió un engaño al hacerlo, pudiendo intentar la revocación hasta cuatro años después de la mayor edad".

Habla la ley de revocación, pero propiamente es una nulidad relativa por dolo, si se demuestra que consintió siendo ya mayor de catorce años y menor de veintiuno, en un reconocimiento en que fue víctima de engaño. Especialmente el derecho debe proteger esta voluntad del joven, que es tan importante como la del tutor, dado el fenómeno de asistencia que existe, porque sin su voluntad o sin la del tutor, el acto jurídico no puede realizarse. Ahora bien, esa voluntad del mayor de catorce años es fácil que se obtenga a base de engaños, de maquinaciones o artificios. La ley piensa en este vicio de la voluntad para destacarlo de manera expresa y conferir la acción de nulidad que llama de revocación, dando un término de cuatro años a partir del momento en que el que reconoció, llegue a la mayoría de edad. Pero, por virtud del artículo 1859 que aplica las reglas de los contratos en general, a los demás actos jurídicos, (en tanto que no haya una disposición expresa de la ley, o bien, siempre y cuando la naturaleza de estos actos no se oponga a tales normas), debemos considerar que el reconocimiento siempre puede impugnarse cuan-

do hay violencia, error o dolo. Dice el artículo 1859: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se oponga a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

Desde luego, como no hay una disposición especial de la ley que impida aplicar el sistema de los contratos, en cuanto a vicios de la voluntad, al reconocimieno, veamos si la naturaleza de éste se opone a que pudiera ser nulificado por violencia o por error.

La razón para proteger en los actos jurídicos al que sufre violencia, es la de que sólo puede ser eficaz una voluntad libre, pues si es creadora de las consecuencias de derecho, debe manifestarse en forma absolutamente espontánea. Por lo tanto, si la voluntad se toma en cuenta en el reconocimiento, debe ser libre. Podría a través de una violencia moral, mediante amenazas, compelerse al que ya cumplió catorce años o incluso al mayor de edad, a que consienta en el reconocimiento o bien, a que lo lleve a cabo.

Es justamente la edad en donde puede hacerse violencia o exitir el error. Por ejemplo, ya la madre reconoció y quiere que su hijo que ha cumplido catorce años, consienta en el reconocimiento que pretenda hacer un hombre, ostentándose como su padre. Esa voluntad del joven puede ser fácilmente violentada a través de amenazas. La misma razón que existe para proteger hasta los mayores de edad respecto de la violencia física o moral para que su voluntad sea libre, debe existir, con mayor base en el reconocimiento, máxime que es posible que opere en un campo favorable, como es la edad del joven entre los catorce y los veintiún años, o sobre una materia más o menos incierta, cuando se le asegure que aquel que lo reconoce es realmente su padre y consienta en ello.

25.—*Ilicitud en el reconocimiento.*—En cuanto a la licitud o ilicitud como elemento respectivamente de validez o de nulidad en los actos jurídicos, podemos hacer las aplicaciones consiguientes al reconocimiento.—Fundamentalmente la ilicitud del reconocimiento se manifiesta en los casos en que éste se llevase a cabo en contra de la ley. Hay una libertad general de reconocer y, por consiguiente, en principio, todo reconocimiento es lícito. Sólo la mujer casada está impedida de reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio, si no es con el consentimiento de su marido. Aquí se fusionan los aspectos de licitud y de capacidad en el reconocimiento.

No hay aquí una equiparación, como generalmente hemos venido comprobando que existe entre hombre y mujer, en los demás actos ju-

rídicos, incluso en el matrimonio, y en el ejercicio de la patria potestad. En efecto, si el hombre puede reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio, sin la voluntad de su esposa, y sólo está impedido para llevarlo a la casa conyugal, si no cuenta con su conformidad, ésta no puede reconocer al hijo que tuvo antes de casarse, sin el reconocimiento de su marido.

No tiene la esposa, por lo tanto, la capacidad jurídica para reconocer por sí sola, si no está asistida por su marido, y esto se traduce, por consiguiente, en un reconocimiento ilícito, si lo llevase a cabo sin contar con la voluntad del esposo.

Dice el artículo 372: "La mujer casada no podrá reconocer, sin el consentimiento del marido a un hijo habido antes de su matrimonio." La ley emplea un término impreciso, pues el "hijo habido" antes del matrimonio puede ser el nacido antes del mismo, o el concebido antes, pero que nazca después.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA 1965

26.—*"Filiación. Reconocimiento de hijos naturales, extemporáneo y sin la intervención del tutor.*—El reconocimiento de hijos naturales que se haga, presentándolos al Registro Civil fuera del término que la ley señala, no tiene en nuestras leyes la sanción de que se considere nulo el acto mismo de la presentación, y ni siquiera que pueda considerársele como anulable, pues la sanción señalada de manera expresa por la ley consiste en la imposición de una multa a quienes no cumplen con la obligación de llenar esa formalidad legal en tiempo oportuno; tampoco es motivo para considerar nulo o anulable el acto de la presentación, el hecho de que el menor tenga el carácter de hijo natural por no ser casados sus padres y no haber intervenido su tutor, porque el consentimiento del tutor se ha establecido en beneficio del menor y no en su perjuicio, por lo que de no estar satisfechos esos requisitos legales, no se sigue que el menor deba perder los derechos que derivan de su reconocimiento, y sólo corresponde a éste impugnarlo, si le perjudicare". (Tesis 192 de la última compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, publicada en el apéndice al Semanario Judicial de la Federación, editado en el año de 1965, cuarta parte, pág. 603).

INDICE

PRIMERA PARTE

INTRODUCCION Y PERSONAS

TITULO I

CONCEPTO DEL DERECHO Y DERECHO OBJETIVO

CAPITULO I

Derecho, Moral, Religión y Convencionalismos Sociales 7-19

CAPITULO II

Las Grandes Divisiones del Ordenamiento Jurídico y su Estructura Escalonada 19-29

TITULO II

TEORIA GENERAL DE LA NORMA JURIDICA

CAPITULO I

Las Fuentes del Derecho 30-31

CAPITULO II

La Costumbre como Fuente del Derecho 31-34

CAPITULO III

La Ley 34-41

CAPITULO IV

El Principio de Irretroactividad de la Ley 41-49

CAPITULO V

Conflictos de Leyes en el Espacio 50-59

CAPITULO VI

La Jurisprudencia como Fuente del Derecho 59-65

TITULO III

LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES

CAPITULO I

Definición de los Conceptos Jurídicos Fundamentales 66-70

CAPITULO II

Los Supuestos y las Consecuencias de Derecho 70-75

CAPITULO III

Los Sujetos del Derecho 75-87

CAPITULO IV

Los Objetos del Derecho 87-109

CAPITULO V

La Cópula "Deber Ser" y la Relación Jurídica 109-114

TITULO IV

TEORIA GENERAL DEL ACTO JURIDICO

CAPITULO I

Definición del Acto Jurídico 115-120

CAPITULO II

Elementos Esenciales del Acto Jurídico 120-127

CAPITULO III

De la Inexistencia y de la Nulidad en el Derecho Mexicano 127-131

CAPITULO IV

Elementos de Validez del Acto Jurídico 131-139

CAPITULO V

Los Vicios de la Voluntad 139-149

CAPITULO VI

De las Modalidades en los Actos Jurídicos 150-153

TITULO V

DERECHO DE LAS PERSONAS

CAPITULO I

Atributos de las Personas Físicas y Morales 154-157

CAPITULO II

De la Capacidad 158-169

CAPITULO III

Del Estado Civil de las Personas 169-187

CAPITULO IV

Del Domicilio 187-193

CAPITULO V

Del Nombre 194-199

SEGUNDA PARTE

DERECHO DE FAMILIA

TITULO I

LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FAMILIA

CAPITULO I

Problemas Lógico, Sociológico y Etico del Derecho de Familia 200-212

CAPITULO II

Problemas Político, Patrimonial, Teleológico y Axiológico del Derecho de Familia 212-227

TITULO II

LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FAMILIA

CAPITULO I

Los Sujetos del Derecho de Familia 228-230

CAPITULO II

Objetos del Derecho Familiar 230-244

CAPITULO III

Supuestos Especiales del Derecho Familiar 244-249

CAPITULO IV

Consecuencias del Derecho Familiar 250-252

CAPITULO V

Relaciones Jurídicas del Derecho Familiar 252-255

INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA

TITULO III

DEL PARENTESCO Y DE LOS ALIMENTOS

CAPITULO I

Del Parentesco 256-260

CAPITULO II

De los Alimentos 260-269

TITULO IV

MATRIMONIO

CAPITULO I

Esponsales 270-274

CAPITULO II

Evolución y Concepto Actual del Matrimonio 275-280

CAPITULO III

Naturaleza Jurídica del Matrimonio 281-288

CAPITULO IV

Elementos Esenciales y de Validez del Matrimonio 288-299

CAPITULO V

Impedimentos para Contraer Matrimonio 300-307

CAPITULO VI

Nulidad del Matrimonio 308-319

CAPITULO VII

Efectos del Matrimonio 319-337

CAPITULO VIII

Concubinato 337-345

TITULO V

DIVORCIO

CAPITULO I

Sistemas de Divorcio y Divorcio Voluntario 346-358

CAPITULO II

El Divorcio Necesario en el Derecho Comparado 358-364

CAPITULO III

Estudio Comparativo e Histórico del Divorcio Necesario en la Legislación Mexicana 365-368

CAPITULO IV

Estudio Sistemático de las Causas de Divorcio 368-389

CAPITULO V

Características de la Acción de Divorcio 390-401

CAPITULO VI

Los Efectos del Divorcio 401-422

CAPITULO VII

El Divorcio en Relación con los Problemas Fundamentales del Derecho Familiar 423-429

TITULO VI

FILIACION

CAPITULO I

De la Filiación en General 430-438

CAPITULO II

De la Filiación Legítima en General 438-442

CAPITULO III

Impugnación de la Paternidad y de la Legitimidad 442-451

CAPITULO IV

Pruebas de la Filiación Legítima 451-460

CAPITULO V

Acciones de Reclamación de Estado de Hijo Legítimo 461-465

CAPITULO VI

Características de la Acción de Reclamación de Estado 466-468

CAPITULO VII

De la Legitimación 468-472

CAPITULO VIII

De la Filiación Natural 472-483

CAPITULO IX

Del Reconocimiento de los Hijos Naturales 483-503

Se terminó de imprimir este libro el día 21 de junio de 1979, en los talleres de la Editorial Libros de México, S. A., Av. Coyoacán 1035, México 12, D. F.
Su tiro consta de 10,000 ejemplares.
Más sobrantes para reposición