

PRIMERA PARTE

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO

1. Conveniencia de la unificación de nuestra legislación civil . . . . .	3
2. Filosofía del código único. Estructura y método . . . . .	5
3. Teoría general del negocio jurídico . . . . .	6
4. Distribución de materias, división en libros y exposición general . . . . .	7
5. Libro preliminar: teoría general de la ley . . . . .	12
6. Derecho de la personalidad . . . . .	21
7. Del domicilio y de la residencia . . . . .	25
8. Desaparición de la persona. Ausencia y declaración de presunción de muerte . . . . .	27
9. Incapacidad de ejercicio y estado de interdicción . . . . .	30
10. Representación de incapaces . . . . .	32
11. El registro del estado civil del individuo . . . . .	35
12. Las personas morales . . . . .	37
13. Del matrimonio . . . . .	38
14. Bienes de los concubinos durante el amasiato . . . . .	43
15. Divorcio y disolución del matrimonio . . . . .	44
16. El parentesco . . . . .	49
17. La filiación . . . . .	50
18. La legitimación . . . . .	51
19. La adopción . . . . .	52
20. La obligación alimentaria . . . . .	53

**PRIMERA PARTE**

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO**

## 1. *Conveniencia de la unificación de nuestra legislación civil*

Uno de los objetivos del Instituto de Derecho Comparado de México es el de propugnar por la unificación del Derecho Nacional y en el campo de la legislación civil, concretamente, por la unificación de esa legislación y la redacción de un Proyecto de Código Civil único para toda la República. El primer paso en este sentido según se ha dicho antes, se ha dado con la publicación de la obra denominada *Panorama de la Legislación Civil de México* en la que se concordaron, con un breve comentario, todos los códigos civiles del país y las restantes leyes en materia civil, con el objeto de obtener los elementos de síntesis necesarios para la determinación de las bases de un proyecto de legislación uniforme.

El presente estudio, que es por tanto la continuación lógica de la obra iniciada por el Instituto, se refiere a las materias que constituyen la parte general del Código Civil, así como las relativas al Derecho de la personalidad, y al Derecho de la familia. En posteriores estudios se abordarán los libros de los bienes y derecho reales, de las sucesiones por causa de muerte y de las obligaciones y contratos en particular.

El estudio de las bases para la unificación del Derecho Civil mexicano, nos obliga a tratar previamente la cuestión de la conveniencia de un Código civil uniforme, o por el contrario el mantenimiento de la pluralidad de legislaciones civiles, una para cada uno de los Estados federados. Recordemos en efecto que desde los inicios de la organización política de México, nuestro Derecho privado quedó encomendado a jurisdicciones diferentes: la materia mercantil fue de la competencia de los tribunales federales, porque la Constitución de 1857 en la fracción x de su artículo 72 otorgó al Congreso General la facultad de establecer "las bases generales de la legislación mercantil". En cambio la materia civil quedó reservada a los Estados, de acuerdo con el principio de las facultades implícitas contenido en el artículo 117 de aquella Constitución, según el cual las facultades no concedidas expresamente a la Federación se entendían reservadas a los Estados.

La jurisdicción federal mercantil sin embargo, se convirtió en jurisdicción concurrente por virtud de la reforma constitucional de 29 de mayo de 1884, que dio a los tribunales locales el derecho de decidir las controversias mercantiles cuando éstas afectaran puramente intereses particulares, a elección del actor. El motivo de esta reforma, como dice Pallares, fue "la necesidad de sustraer de la competencia de los tribunales federales todo ese inmenso cúmulo de

#### 4 BASES PARA UN ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL UNIFORME...

negocios puramente privados, de interés local y cuya decisión sólo afecta a las relaciones civiles de los ciudadanos de cada Estado, evitando en consecuencia que los tribunales de la Federación quedaran embarazados con tan gran número de negocios".<sup>5</sup>

Se ve en consecuencia que desde fines del siglo pasado los Estados federados han ejercido la función jurisdiccional en Derecho privado, aun tratándose de la aplicación de leyes federales como es el Código de Comercio, cuando ello no afecta más que a intereses particulares, y que siempre han ejercido la función legislativa dándose sus respectivos códigos civiles.

En esa virtud, parece inoportuno que al cabo de cien años de la vigencia de un sistema de legislaciones múltiples, se pretenda ahora la proyección de una legislación civil uniforme para toda la República y aun ven algunos, en esta idea, un ataque a la soberanía de los Estados federados, o un paso más hacia el centralismo o a la preponderancia del Estado federal sobre los Estados miembros de la Federación mexicana. Sin embargo, como no se pretende de ninguna manera la imposición forzosa de un Código uniforme, sino que se pretende invitar a los gobiernos locales a examinar éste o cualquier otro anteproyecto para su adopción voluntaria, es evidente que el argumento de invasión a una soberanía local, o el de tendencia al centralismo habrá de ser rechazado, máxime si se tiene en cuenta que la aplicación de ese código corresponderá a los tribunales de cada Estado, sin que por tanto su aceptación pueda representar un aumento en las facultades del Poder federal.

Por el contrario, en apoyo de la idea de una legislación civil uniforme, creemos que militan argumentos poderosos: desde luego así lo exige, en nuestra opinión, el progreso de la ciencia del Derecho civil y la posibilidad de elaboración de una jurisprudencia más firme, emanada de los tribunales locales y principalmente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pero hay otras razones de índole material y jurídica que favorecen la idea de la unificación y que son las derivadas del acercamiento y vinculación de las diversas regiones del país, acentuados a consecuencia del innegable progreso alcanzado por nuestra patria en los últimos lustros. Si nunca existieron fronteras auténticas ni fueros regionales, menos aún ahora puede hablarse de diferencias sustanciales entre los distintos Estados del país que justifiquen la diferencia en el trato de muchos institutos jurídicos.

De allí que en nuestra opinión sea aceptable proyectar un código civil uniforme para todo el país, en cuya redacción se aprovechen no sólo las aportaciones de los diversos códigos locales —algunas de ellas muy estimables— y las que ofrezcan la jurisprudencia y la doctrina estatales, sino también aquellas mo-

<sup>5</sup> *Derecho mercantil*, p. 732.

dificaciones que sean consecuencia del progreso de la ciencia jurídica en general y las que exige la evolución de la organización familiar y social de México y el adelanto en la vida de los negocios, de manera a redactar un código moderno que se ajuste lo más posible a la sociedad de mil novecientos sesenta y siete y que haga a un lado a instituciones ya caducas que pudieron tener sentido hace cien años, pero que actualmente lo han perdido, incorporando a su articulado a nuevos institutos jurídicos cuya regulación es urgente.

## 2. *Filosofía del código único. Estructura y método*

En la base del edificio del Proyecto de Código uniforme, se encuentran los aspectos relativos a: la orientación filosófico-jurídica y sociológica del Código que se propone; su método y estructura, temas éstos que son de tal trascendencia que bastarían por sí solos para agotar varios volúmenes, y cuyo análisis y solución, por corresponder más propiamente a los filósofos del Derecho y a los sociólogos, exceden más que ningún otro a nuestra capacidad, por lo que sólo nos limitaremos a hacer algunas breves consideraciones al respecto.

Antes de iniciar dicho análisis diremos que para todos los fines de este estudio hemos tomado en cuenta como patrón básico, tanto respecto a los comentarios generales que se hacen de la legislación civil como a las reformas que a aquélla se proponen, al Código civil del Distrito y Territorios Federales que entró en vigor el primero de octubre de 1932, pero que en la historia de nuestro Derecho civil se conoce como "el Código de 1928" por haber sido en este año cuando se dio a la publicidad en los medios jurídicos de México, para su estudio y discusión. Al elegirlo no nos ha movido la circunstancia de que sea el Código vigente en el Distrito Federal, sino el hecho innegable de que aquél, como sus antecesores de 1884 y de 1870, ha servido de modelo a gran parte de la legislación vigente en el país, ya que muchos Estados o lo adoptaron o lo calcaron en sus nuevos ordenamientos.

Advertido lo anterior y por lo que ve a las orientaciones filosófico-jurídica y sociológicas del Proyecto de Código uniforme, diremos que estimamos que aquéllas deben ser las mismas que inspiraron el Código de 1928 y que se definieron en su momento como un intento para socializar el Derecho privado. Esta socialización, en la forma más sencilla expresada, debe entenderse como dice Ruiz,<sup>6</sup> como un propósito de superar el exceso de individualismo que caracterizó al Derecho privado clásico, reduciéndolo en aras de la solidaridad social. Todos los

<sup>6</sup> Conferencias sobre la Socialización del Derecho Privado y el Código Civil de 1928, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 31, pp. 45 a 88.

actos del hombre sujetos a la regulación del Derecho civil: su vida de familia, su dominio sobre las cosas, su comercio con los demás hombres, las disposiciones para después de su muerte, deben estar presididos por una idea de solidaridad y de beneficio social. No hacer nada que perjudique innecesariamente a los demás; no abusar de los derechos que la ley o los contratos puedan conceder, cuando ello sea en mengua del débil o de la colectividad.

La socialización del Derecho privado ha pasado ya su prueba de fuego en México; a casi cuarenta años de haberse dado a conocer el Código de 28 y a más de treinta de estar en vigor, ya ni siquiera los sectores más retrógrados y conservadores del país son capaces de negar los aciertos de aquel código que tanto ha contribuido a la modernización de nuestras instituciones civiles y al progreso del país. De allí que creamos que cualquier proyecto de nuevo código civil habrá de respetar esa orientación socialista y aun acentuarla en algunos aspectos, sobre todo en el Derecho familiar y en el de las obligaciones, donde aún quedan resabios de instituciones cortadas por el molde del viejo Derecho quirritario.

En cuanto a la estructura y método del código uniforme, pensamos que allí sí es necesario modificar radicalmente la distribución de materias que contiene el Código de 28 ya que ésta es anticuada, lo que se explica si se tiene en cuenta que procede del Código de Napoleón y del Proyecto de García Goyena, ambos de principios del siglo pasado. Como se ha dicho antes habrá que examinar siguiendo la opinión de Bonnacase, las instituciones que han caído en desuso, y organizar el moderno código civil alrededor de algunas nociones centrales, agrupando aquellos institutos que obedecen, en realidad, a los mismos principios aunque tengan un tratamiento distinto.

### 3. *Teoría general del negocio jurídico*

El primer problema que se presenta en la metodología de un código civil, es el de determinar si este ordenamiento habrá de estar precedido de una teoría general del negocio jurídico, entendiendo este italianismo (negocio jurídico), como abarcante de los hechos y de los actos jurídicos. Como es sabido, el Código civil alemán de 1900 dio la pauta al respecto, al hacerlo preceder sus redactores de una parte general que trata, entre otras cosas, de los actos y hechos jurídicos, y en nuestro país ha sido imitado por el Código del Estado de Morelos, copiado después por el de Sonora, y entre los proyectos de leyes extranjeras por el de Portugal de 1966. El otro criterio es no regular genéricamente el negocio jurídico, sino desarrollar los principios sobre los hechos y sobre los actos jurídicos, a medida que se van estudiando las instituciones.

Nosotros creemos que si bien desde el punto de vista de la ciencia pura es

correcta la regulación de los negocios jurídicos dentro de una teoría general de los mismos, desde el de la sistemática legislativa es más aconsejable no establecer una teoría general del negocio jurídico, sino que es preferible ir tratando los hechos y los actos jurídicos, las situaciones o las relaciones jurídicas, paulatinamente y dentro de cada instituto, como hemos dicho antes; dejando al libro de obligaciones en general, como el lugar más apropiado para desarrollar los distintos aspectos del negocio jurídico: su nacimiento, modalidades, nulidad, extinción, etcétera.

De lo contrario, si en el código se establece un capítulo previo sobre teoría general de los hechos y actos jurídicos, las normas que allí se contienen habrán de repetirse necesariamente al tratar en el curso del código de cada instituto, que es a veces un hecho jurídico, a veces un acto. Que esta duplicidad de normas existe, puede verse con sólo revisar el Código alemán, el Proyecto portugués o bien los códigos mexicanos que siguen este sistema, por ejemplo el Código morelense que repite en el capítulo de contratos (artículos 1854 a 1928) muchas de las normas sobre capacidad, nulidad, interpretación, etcétera, que ya estableció en el capítulo sobre teoría general del acto jurídico, o tiene que estar haciendo una remisión constante a esas normas.

Seguramente que en atención a consideraciones semejantes se ha pensado, al reformar el Código civil alemán, en abandonar la parte relativa a la teoría general del negocio jurídico, y por las mismas razones no se creyó prudente, al elaborar el Código civil italiano de 1942, establecer una parte general dedicada a la disciplina de los negocios jurídicos, como nos informa Betti.<sup>7</sup>

#### 4. Distribución de materias, división en libros y exposición general del proyecto

Si en atención a las razones expuestas, que nos parecen concluyentes, no ha de principiar el código con un capítulo sobre teoría general del negocio jurídico, sí es del todo punto indispensable que se le haga preceder de un título preliminar en el que se establezcan las reglas generales de la ley, los modos y los efectos de su aplicación y las normas varias que contienen algunos principios de Derecho y que por su índole no pueden caer dentro de un capítulo determinado.

#### *División general del código en cuatro libros*

La clasificación tradicional legada por el Derecho romano y expuesta en el principio *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas petinet, vel ad res, vel*

<sup>7</sup> *Teoría general del negocio jurídico*, p. 4.

*ad acciones*,<sup>8</sup> señala como divisiones básicas del Derecho civil, las personas, los bienes y los derechos que aquéllas pueden ejercer sobre otras personas o sobre las cosas y que dio origen a los cuatro libros del Código Civil: personas y familia; bienes y derechos reales sobre aquéllos; obligaciones y contratos en particular; y sucesiones por causa de muerte. En este aspecto nos parece que es preferible volver al sistema del Código de 84 que trataba de las sucesiones por causa de muerte como parte final del código y no como lo hace el Código de 28 que trata de las sucesiones en el libro tercero, antes de las obligaciones y contratos, porque la sucesión a causa de muerte es lógicamente posterior ya que cierra el ciclo vital de una persona mientras que todas las relaciones jurídicas de los otros libros son inter vivos.

El libro primero, debe dividirse en dos grandes partes, dedicada la primera a las personas y la segunda a la familia. A su vez la parte primera sobre personas debe contener dos grandes títulos, uno dedicado a la personalidad física y el otro dedicado a la personalidad moral o jurídica.

Los capítulos que integran el título sobre la personalidad física en el Proyecto de Código uniforme que presentamos son los siguientes, para no referirnos sino a los fundamentales: La regulación de la personalidad física debe empezar por las reglas sobre su adquisición y la de la capacidad y el reconocimiento de sus derechos, los llamados derechos de personalidad que son los que están en íntima relación con el ser humano como sujeto de la relación jurídica, esto es aquellos derechos que se refieren a la existencia, a la identidad, a la dignidad y a la capacidad de la persona física y también necesariamente a los estados de incapacidad a los que puede quedar sujeta, sea por minoridad o por enfermedad psíquica o física. Agrupadas así en lo que Bonnacase<sup>9</sup> llama con acierto el "Derecho de la personalidad", se encuentran todas las reglas relativas al nacimiento y a la viabilidad del individuo; a la posición de los sexos frente al derecho civil y en particular a la condición de la mujer en el moderno Derecho civil la que después de haber pasado por un estado de preterición ha visto adquirir su plena capacidad jurídica. Igualmente dentro del rubro de derechos de la personalidad habrá de estudiar aquellos que íntimamente le pertenecen y que son la condición necesaria para su identificación en la sociedad en que vive y el de sus semejantes. Nace así toda la gama de derechos personales como el derecho de la integridad física y el de disposición del propio cuerpo; el derecho al respeto por los demás; a la privacidad o intimidad de cada individuo; el derecho a la propia imagen, al secreto epistolar, etcétera.

Después de estudiados los derechos esenciales de la persona y tomando en cuenta

<sup>8</sup> Gayo, *Institutas*, p. 10, núm. 8.

<sup>9</sup> *Op. Cit.*, p. 28.



ta que el ejercicio de la actividad humana requiere una sede física, se estudiarán las reglas sobre domicilio y residencia, entendiéndolo el primero como el lugar del asiento de los negocios de una persona y la segunda como el lugar donde el hombre vive su vida íntima y familiar. Es oportuno estudiar en ocasión del domicilio la hipótesis en que una persona desaparece de su domicilio o de su residencia, o sea cuando se está frente a la situación jurídica de la ausencia.

Examinada así la vida de la persona capaz que como decimos antes constituye la regla, el proyecto trata de la situación de excepción en que ciertos individuos se encuentran sea por su minoridad, sea por un trastorno en su desarrollo mental o físico.

El problema de la incapacidad es uno de los más agudos de los problemas a que se enfrenta el Derecho civil moderno. Es que en efecto, si bien el progreso técnico ha traído consigo un mejoramiento en la vida del hombre de hoy, ese mismo progreso ha originado un gasto mayor de energías sobre todo en el hombre de las grandes ciudades. De allí que las depresiones o trastornos psíquicos y neuróticos hayan adquirido hoy el grado de verdaderos factores que perturban la mente humana hasta llegar a producir la incapacidad de quien los sufre. Ello origina que el anteproyecto plantee la necesidad de una revisión de las causas de incapacidad del individuo, para adecuar el texto legal con la evolución científica. Sin podernos referir por ahora a todas las causas de incapacidad, haremos mención únicamente aquí de una que nos ha parecido conveniente introducir: la conducta del individuo. Creemos que la forma como una persona se conduce en relación a las leyes y a la sociedad, debe ser considerada como uno de los factores que pueden hacer posible declarar o diferir su incapacidad.

Si la buena conducta es estímulo y razón para anticipar la mayor edad de un joven conforme al artículo 642, párrafo 1º del Código civil, la mala conducta del mismo si ésta se produce dentro de una edad en que razonablemente pueda esperarse todavía su corrección, debe ser considerada correlativamente como una causa para establecer la incapacidad del individuo y volverlo a sujetar a la autoridad ya no paternal sino del Estado a través del Consejo de Protección de los Incapaces. De allí que el Proyecto consulte establecer como una nueva causa de interdicción *la mala conducta habitual y reiterada, debidamente comprobada de los que siendo ya mayores de edad no hayan pasado de los 25 años*, quienes pueden ser declarados en estado de interdicción, pero únicamente para los efectos de vigilancia sobre su persona y no así sobre sus bienes, y sujetándolos a la autoridad del Consejo de Protección y Vigilancia de los Incapaces. Igualmente se propone la no adquisición de la mayor edad y el aplazamiento de la misma para los individuos que al llegar a los 21 años observen de manera habitual y reiterada una mala conducta. Todo ello como un medio de hacer de los institutos representativos de los incapaces (patria potestad, tutela) medios

verdaderamente eficaces para contribuir a la solución del grave problema que plantea la conducta de ciertos desadaptados juveniles.

Planteadas así las causas de incapacidad, habrán de examinarse a continuación los institutos que el Derecho ha establecido para suplir esas incapacidades, que son la patria potestad y la tutela. En esta materia el Proyecto consulta la supresión de la curatela para sustituir sus funciones por un órgano paraestatal que tenga control más efectivo sobre el tutor e indirectamente sobre la persona del incapaz. Para éste y otros fines como el de controlar inclusive el ejercicio por los padres de la patria potestad se crea el Consejo de protección de incapaces, complementado con la justicia pupilar, cuyos detalles se dejan a la ley correspondiente, sea la procesal o la de organización de tribunales.

El título sobre personalidad física se cierra con las reglas relativas al registro del estado civil del individuo, desde la constatación de su existencia, por medio del acta de nacimiento, hasta la comprobación de la extinción de aquella personalidad, por su fallecimiento, pasando por toda la variante de situaciones jurídicas que pueden darse en la vida humana: el matrimonio, el divorcio, la adopción o reconocimiento de un hijo, la caída en estado de incapacidad, etcétera.

El título segundo de la parte primera del libro primero está dedicado a la personalidad jurídica o moral. En efecto, si bien la personalidad jurídica o moral se equipara en todo a la personalidad física ya que constituye el medio como el hombre supera sus limitaciones por su temporalidad de vida, hemos considerado conveniente destinar un capítulo especial que cierra el libro de las personas, para regular toda la materia relativa a la personalidad jurídica, a saber: el concepto de la misma, el criterio de la libertad en la formación de las personas morales de Derecho privado que es tradicional en el Derecho mexicano, la enumeración de aquéllas y la regulación en ese capítulo y no en el capítulo de los contratos especiales de las dos especies de personas morales más importantes que son: la asociación, la sociedad (civil) y la fundación. Seguimos así el criterio adoptado por los códigos etíope e italiano y por lo que respecta a la fundación nos ha parecido necesario regularla en el proyecto, aunque ello vaya en contra de la tradición jurídica mexicana que siempre ha dejado la legislación sobre fundaciones a una ley de carácter administrativo, que en el Distrito Federal es la Ley de Instituciones de Asistencia privada, tomando en cuenta más el fin de la institución que la institución misma.

### *La familia*

La parte segunda del libro primero está dedicada a la familia y en ella se estudia el instituto del matrimonio en todos sus aspectos de celebración, disolución, etcétera, incluyendo en éste el divorcio.

En cuanto al concubinato y como dijimos en otra ocasión,<sup>10</sup> pensamos que “el problema legislativo sobre la unión libre es en realidad muy complejo, pues por una parte no pueden los códigos cerrar los ojos ante lo que es un hecho evidente, o sea la situación de amasiato en que muchas gentes viven y que hace de él fuente de la constitución de numerosísimas familias; pero por otra, si se acepta el criterio que por liberal a algunos les parece sugestivo de conceder en la ley derechos expresos, sea para los concubinos, sea para sus hijos, como éstos que hemos enumerado: derecho a heredar, derecho a alimentos, etcétera, se corre el riesgo de fortificar una situación irregular como es la del amasiato y de menospreciar o debilitar la única institución que en rigor debería merecer la protección de la ley como es el matrimonio, pues si quienes viven en unión libre gozan de los mismos derechos que los casados, no se preocuparán por contraer matrimonio. De allí que sea una mala política legislativa la que tiende a extender los derechos de los concubinos en forma amplia”.

Los capítulos relativos a la situación de la persona dentro de la familia, o sea al parentesco y a la consecuencia fundamental que de los vínculos parentales se desprende que es la obligación alimentaria, cierran el libro primero del anteproyecto. Dentro del parentesco se estudian los tres grandes grupos de parentesco que son el parentesco por consanguinidad, el parentesco por afinidad y el parentesco civil; y en relación al hecho que da origen a la primera especie, o sea a la *filiación*, el anteproyecto establece una regulación diversa ya que de acuerdo con los códigos más recientes trata a la filiación como un todo único y como lo que es, una liga de carácter fisiológico entre un hijo y sus progenitores independientemente de que se dé dentro o fuera del matrimonio, regulación única, con supresión de la absurda e injustificada distinción entre filiación legítima y natural.

Tales son algunas de las consideraciones generales que cabe hacer en relación al libro primero dedicado a las personas y a la familia. Las demás observaciones relativas a cada instituto en particular se contienen en la parte primera de esta obra, según se ha dicho antes.

Una última indicación en lo relativo al formato del Código: siguiendo la técnica de los ordenamientos civiles más recientes, como el Código soviético, el “Proyecto Gomes”, etcétera, y la tendencia de que ya se ha hablado a simplificar las leyes civiles, en beneficio de las clases populares, se ha procurado evitar hasta donde ha sido posible la farragosa división del código en libros, títulos, etcétera, dejando unos pocos capítulos y sustituyendo los más por subtítulos. La breve mención del contenido de los artículos, mediante el subtítulo, ayuda a obtener una comprensión rápida del texto del código, facilitando así su manejo y aplicación, aun para los no versados en materia jurídica.

<sup>10</sup> Aguilar Gutiérrez, Antonio, “Síntesis de Derecho Civil” en *Panorama de derecho mexicano*, Imprenta Universitaria, México 1965, p. 52.

### 5. Libro preliminar: teoría general de la ley

La teoría general de la ley estudia todas aquellas normas relativas a la formación de la ley, a su aplicación en el tiempo, que constituye lo que la doctrina llama el Derecho *intertemporal*; a su aplicación en el espacio que forman las normas del Derecho *interespatial* y por último diversas normas muy generales de tipo variado, como son las relativas a la interpretación de la ley y algunas que contiene el Código de 28 que acentúan el carácter socializante del Derecho privado, tal como lo concibió ese Código.

#### *Formación de las leyes*

El proceso de formación de la norma legislativa está regulado en el artículo 71 y siguientes de la Constitución Política y su estudio corresponde al Derecho constitucional; pero el problema de la aplicación de esa ley en el tiempo y en el espacio habrá de regularse en el Código civil en su libro preliminar relativo a la teoría general de la ley.

#### *Aplicación de la ley con relación al tiempo*

Surgen desde luego una serie de cuestiones relativas a la aplicación de la ley en el tiempo: la ley tiene un periodo de vida que nace con su promulgación y termina con su derogación o abrogación. Estudiemos pues brevemente estas fases inicial y final de la vigencia de la ley, tanto de acuerdo a nuestro Código de 28 y el de 84 como a las reformas que se proponen en esta materia en el proyecto que presentamos.

#### *Promulgación o publicación*

Como expresa el profesor García<sup>11</sup> ambos términos son idénticos pues la promulgación no es, como la define Escriche, sino la publicación solemne de alguna ley para que llegue a noticia de todos.<sup>12</sup> De allí que, como lo hace notar el citado autor, en México al menos las dos palabras tienen el mismo significado y tanto en la Constitución como en el Código Civil de 84 se emplean indistintamente los dos términos para expresar la misma idea: artículos 70 y 72 (a) y 2 a 4 respectivamente. El Código de 28 sin embargo no habla de *promulgación*

<sup>11</sup> *Introducción al estudio del Derecho*, p. 80.

<sup>12</sup> *Diccionario de legislación y jurisprudencia*, p. 1392. Palabra "Promulgación".

sino de *publicación* mientras que el de 84 usaba frecuentemente aquella expresión.

Las normas relativas a la materia de publicación de las leyes en el Código vigente, establecen que éstas, así como los reglamentos, circulares y cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el Periódico Oficial; y que en los lugares diversos de aquel en que se publique dicho periódico, para que una ley se considere vigente es necesario que además del plazo que fija el párrafo anterior transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad. Pero si la ley fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde entonces, siempre que su publicación haya sido anterior.

En esta materia existe una gran diversidad de pareceres entre los diversos códigos civiles del país, existiendo una tendencia a ampliar esos plazos con el objeto de proteger más a los particulares asegurándose del conocimiento de la nueva ley.

Nosotros pensamos, por el contrario, que actualmente no se justifica ya la existencia de plazos adicionales en atención a la distancia que media entre la capital del Estado, lugar de publicación del Periódico Oficial, y un determinado lugar de la propia entidad donde la nueva ley habrá de tener aplicación, ya que gracias a los medios de comunicación de la época moderna que son cada día mejores, se han acercado todos los puntos del territorio nacional.

De allí que propongamos un precepto del tenor aproximado siguiente:

Las leyes, reglamentos y cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos en todo el territorio del Estado tres días después de su publicación en el Periódico Oficial. Si la ley, reglamento o disposición general, fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día, siempre que su publicación haya sido anterior.

Cuando se trate de leyes que el Gobierno juzgue importantes o que se dirijan preferentemente a grupos de población apartados de las vías de comunicación, o constituidos en su mayoría por individuos atrasados económica o intelectualmente, se dará a esas leyes la mayor difusión posible usando al efecto de todos los medios informativos de que se disponga, para explicar en forma somera y sencilla el alcance de la ley.

La ley, una vez que sea debidamente promulgada o publicada, se reputa ser conocida de todos, de acuerdo con el principio clásico contenido en el adagio romano que dice *Nemo jus ignorare censetur* que el Código de 84 establecía en su artículo 22 al decir que "La ignorancia de las leyes debidamente promulgadas no sirve de excusa y a nadie aprovecha."

Este principio, que es sin duda necesario para el mantenimiento del orden social ha sido sin embargo objeto de numerosas críticas, pues se considera que

no concuerda con la realidad de las cosas. Sin poder referirnos con detalle a las objeciones que la doctrina opone a la presunción de conocimiento de la ley, que son ciertas en cuanto ni siquiera de los juristas puede esperarse el conocimiento completo de la legislación de un país, mucho menos del resto de la ciudadanía, pero cuya presunción es necesaria, como decimos antes, para evitar el caos en la organización social, sólo diremos que el Código de 28 atento a los principios de socialización del derecho y de ajuste de la ley civil a la realidad mexicana, que lo inspiraron, atemperó el rigor de la presunción de conocimiento de la ley, al establecer en su artículo 21 que si bien la ignorancia de esas leyes no excusa de su cumplimiento, los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrían eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o bien concederles un plazo para que la cumplan. Ello, siempre que estuviere de acuerdo el Ministerio Público y que no se tratase de leyes que afectaren directamente al interés público.

En realidad esta última limitación vino a reducir el alcance de la disposición benévola de la ley, porque cada día es más difícil hablar de leyes que no afecten al interés público pues ya sabemos que aun dentro de la esfera estricta del Derecho privado y más el inspirado en una concepción socializante como el Código de 28, casi no puede hablarse de leyes que no afecten ese interés. Tampoco nos ha sido posible averiguar, no obstante la revisión que hemos hecho de la jurisprudencia mexicana, hasta qué punto se ha hecho uso de esta liberalidad de la ley. Sí diremos que otros códigos nacionales como los de Campeche y de Hidalgo, han querido añadir nuevas razones para la atemperación del principio de que se presume que todo individuo conoce la ley y ellas son en Campeche la "*imperiosa necesidad*" del individuo y en Hidalgo el "*desconocimiento del idioma español*", tratando de proteger en este último Estado a los grupos de indígenas otomíes que llevan todavía una vida precaria.

Nosotros pensamos que de las causas de excepción enumeradas sólo puede ser válida la de la mala situación económica del individuo y merecedora en consecuencia de algunas consideraciones, pues el *apartamiento de las vías de comunicación* no es suficiente, máxime si se adopta el precepto que antes proponemos procurando una difusión mayor de la ley por todos los medios modernos de información. Tampoco lo es el notorio atraso intelectual del individuo para invocar la gracia en el incumplimiento de la ley ya que si aquél es evidente deberá tener un representante legal. Y como los casos del Estado de Hidalgo o de algún otro Estado en que se plantearan problemas por la presencia de grupos indígenas aún no asimilados del todo a la vida nacional, son estrictamente excepcionales

y localistas, deben ser tratados como tales de un modo especial, no dando origen a normas generales.

Sin embargo, la regla de la ley no debe dirigirse únicamente a los jueces sino en general a todas las autoridades, puesto que estas normas de los efectos de la aplicación de la ley contenidas en el código civil rigen también aun a los reglamentos y a otras normas de carácter administrativo cuya aplicación no corresponde propiamente al juez sino a las autoridades políticas o administrativas.

En virtud de todas esas consideraciones, el precepto podría quedar en la siguiente forma:

La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Sin embargo, en los casos de mala situación económica de algún individuo podrán las autoridades eximirlo de las sanciones en que hubiere incurrido por falta de cumplimiento de la ley que ignoraba, concediendo plazos para su cumplimiento, siempre que no se trate de leyes de interés público.

#### *Abrogación y derogación*

La abrogación es como se sabe la sustitución total de una ley por otra y la derogación es la sustitución solamente parcial. Nuestros códigos civiles nunca han definido esos conceptos sino que los dan por sabidos al expresar de manera indirecta que la ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior. Y en otro precepto, que es confirmación del principio anterior, se expresa que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.

No cabe hacer ninguna otra observación a lo establecido en estos preceptos que en realidad pueden constituir un solo artículo de la ley.

#### *Prohibición de retroactividad de las leyes*

La no retroactividad de la ley y las múltiples teorías que sobre ella se han expuesto, constituyen el aspecto fundamental de las normas sobre temporalidad de la ley. No siendo éste un estudio doctrinal sino dirigido al fin concreto de plasmar en preceptos de ley las aportaciones de la jurisprudencia nacional, o mantener los textos ya consagrados en el Código civil, sólo diremos que el Código de 1884 establecía en su artículo 5º, de manera sencilla la regla de que ninguna ley ni disposición gubernativa tendrá efecto retroactivo. El Código de 28 añadió, para estar de acuerdo con lo establecido por el artículo 14 de la Constitución Política de 1917, la frase "en perjuicio de persona alguna", dando a entender en una interpretación a contrario sensu de la ley, que pueden aplicarse retroactivamente las leyes si no se perjudica a alguien.

Puesto que el texto del Código civil es el mismo del párrafo I del artículo 14 constitucional, según lo hemos visto sería necesario conocer la interpretación auténtica de ese texto, pero ello no es posible porque el Diario de los Debates del Constituyente de 1917 no arroja ninguna luz al respecto.

El principio de la no retroactividad de la ley, dice García,<sup>13</sup> tiene su fundamento en la circunstancia, no controvertida, de que toda ley rige para el futuro y no hacia el pasado; pero si este principio es fácil enunciar, su aplicación real resulta complicada ya que en virtud de las numerosas hipótesis que se presentan en la vida jurídica, muchas veces es una cuestión ardua determinar en qué casos una norma legal es retroactiva. Para resolver estos problemas se han intentado numerosas teorías como son la *teoría de los derechos adquiridos* según la cual hay que distinguir si el objeto de la ley lo constituyen derechos adquiridos o meras expectativas de derecho, pudiendo aplicarse la ley retroactivamente si sólo se afectan estas últimas, pero no cuando se trate ya de derechos adquiridos porque en estos casos sí puede hablarse de retroactividad de la ley, prohibida por la Constitución.

Bonnecase, citado por García, distingue, para determinar si una ley es o no retroactiva, la naturaleza de las situaciones jurídicas a la cual aquélla habrá de aplicarse: esas situaciones son abstractas o concretas; pues bien una ley no se considerará retroactiva si sólo modifica las situaciones abstractas derivadas de leyes previas, pero en cambio sí habrá retroactividad cuando una ley no respeta la situación concreta nacida de acuerdo con una ley anterior, al desconocer las ventajas jurídicas adquiridas por tal situación o al aumentar las cargas de la misma.

Pero más que la exposición teórica de la cuestión de la no retroactividad de la ley, importa para este estudio conocer cuál ha sido la interpretación jurisprudencial que nuestro más alto Tribunal ha dado a ese problema. El principio legal ya se encuentra en la Constitución: a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Ahora bien ¿cómo ha interpretado la Suprema Corte este precepto y cuáles han sido las teorías que la misma sustenta en materia de retroactividad y las que por ser jurisprudencia firme y además por su bondad pueden y deben ser aceptados como norma legal? Estas teorías son las siguientes de acuerdo con el análisis de las tesis definidas números 921 a 926 del Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* y que aquí se resumen: I. Las normas constitucionales pueden ser aplicadas retroactivamente. Las normas ordinarias o comunes, nunca (Tesis 921). II. Una ley es retroactiva cuando vuelve al pasado lesionando derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores (Tesis 921). III. No hay derechos adquiridos para los efectos de la retroacti-

<sup>13</sup> *Op. cit.*, pp. 104, 105.



vidad, cuando se trata de derechos que estén en pugna con el interés público. Puede en consecuencia una ley aplicarse al pasado y lesionar derechos de los particulares que pugnen con el interés público, sin que pueda hablarse de retroactividad de esa ley (Tesis 922). iv. Si la ley, aplicada al pasado, no causa perjuicio a ninguno no puede decirse que sea retroactiva, porque en la Constitución General de la República sólo se prohíbe la retroactividad de la ley cuando con ello se causa perjuicio a alguno. En consecuencia las nuevas leyes que establezcan condiciones más benéficas para regir así situaciones anteriores, pueden aplicarse a éstas (Tesis 923). v. Las leyes de procedimiento no se consideran retroactivas si se aplican a la tramitación de litigios ya existentes, los cuales deben ceñirse a las nuevas formalidades. Sin embargo la nueva ley procesal no puede privar de derechos ya precluidos durante el proceso y nacidos al amparo de la ley anterior (Tesis 925). vi. Las leyes fiscales, por ser de interés público, pueden retrotraerse y es legítima facultad del Estado cambiar las bases de la tributación, pues los contribuyentes nunca pueden alegar que han adquirido el derecho de pagar siempre el mismo impuesto (Tesis 926).<sup>14</sup>

Si se exceptúa esta última tesis, que por su naturaleza especial no encuentra cabida en las normas generales sobre irretroactividad de la ley, podría adoptarse en el proyecto la solución jurisprudencial que indiscutiblemente ha precisado los alcances de tan importante cuestión, en los términos aproximados siguientes:

A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Puede, sin embargo, una ley ser aplicada retroactivamente a una persona si favorece a ésta la aplicación retroactiva de la ley.

Se entiende que una ley es retroactiva cuando lesiona derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, siempre que aquellos derechos no estén en pugna con el interés público.

Las leyes de procedimiento pueden aplicarse a los litigios que estén en trámite al tiempo de su promulgación, pero a nadie puede privarse de los derechos que haya precluido en el procedimiento bajo el imperio de la ley anterior.

#### *Aplicación de la ley en el espacio*

Los artículos 12 al 15 del Código de 28 contienen las reglas generales sobre Derecho internacional privado y se refieren a la aplicación de la ley mexicana a nacionales y extranjeros, en lo relativo a sus personas, a sus bienes, a la forma de los actos jurídicos y a los efectos de los mismos. Estas normas están inspi-

<sup>14</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Compilación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, tomo 2º, pp. 1714 a 1728.

radadas en el llamado *principio de la territorialidad* de la ley, en oposición a la denominada *teoría de los estatutos*, conforme a la cual la ley nacional del extranjero sigue a éste a cualquier lugar que vaya.

En el Código de 84 había una aplicación mixta de ambas teorías, pues por lo que hace a los derechos personales, esto es a los que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aceptaba el estatuto personal del extranjero, aunque no en una forma expresa sino de manera indirecta. En efecto, decía el artículo 12 del Código de 84, que las leyes mexicanas sobre estado y capacidad de las personas serían aplicables a los mexicanos aun cuando residieran en el extranjero; en consecuencia como dice García,<sup>15</sup> al aceptar el estatuto personal para los mexicanos tenía que aceptarse lógicamente que el estado y la capacidad de los extranjeros residentes en el Distrito Federal se regiría por su ley nacional. En cuanto a los bienes, tratándose de los inmuebles el Código de 84 aceptó íntegramente el principio de la territorialidad, al establecer que respecto de los bienes inmuebles regirían las leyes mexicanas aunque fueren poseídos por extranjeros. Nada decía el Código de 84 respecto de los bienes muebles aunque la interpretación general es que quedaban también sujetos a la nacional cuando se encontraren dentro del territorio de su aplicación; y por último por lo que tocaba a la forma de los actos jurídicos regía el principio *locus regit actum*.

El Código de 28 acentuó el principio de territorialidad, pues desde luego desechó la teoría de los estatutos aun en materia de estado y capacidad de las personas, al establecer en su artículo 12 que las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes. Además, el mismo principio rige como antes decimos, para los inmuebles que se hallen en el territorio nacional y para los efectos jurídicos de los actos y de los contratos. Sólo en la forma de los actos, sigue aplicándose la regla *locus regit actum*.

Este principio de territorialidad de la ley mexicana quedó consagrado en forma más enérgica todavía desde el año de 1934 en que se reformó el artículo 30 de la Constitución general en materia de nacionalidad, estableciéndose que son mexicanos todos los nacidos en el territorio de la República sea cual fuere la nacionalidad de sus padres; y derogando el principio del *jus sanguini*, también lo son las personas nacidas en el extranjero de padres mexicanos o cuando sólo lo sea uno de los progenitores. De esta manera se derogó el texto original de la Constitución de 1917 que consideraba extranjeros a los nacidos en la República de padres extranjeros, a menos de que dentro del año siguiente al de su mayor edad, optaran por la nacionalidad mexicana.

<sup>15</sup> *O.p. cit.*, pp. 122, 123.

Se han formulado, sobre todo por autores extranjeros que han comentado nuestras leyes y por algunos mexicanos como el profesor García,<sup>16</sup> críticas a este criterio estricto de territorialidad implantado tanto por la Ley fundamental como por la ley civil; pero si se tienen en cuenta los motivos históricos que han llevado al legislador mexicano a sujetar al extranjero plenamente a nuestras leyes, es evidente que aquél se justifica plenamente y que sería una regresión pretender modificar los preceptos inspirados en dicho criterio.

Efectivamente es innegable, aunque sea doloroso decirlo, que en México el extranjero pretendió siempre colocarse al margen de la ley nacional y a beneficiarse con su extranjería y que durante mucho tiempo y casi hasta el advenimiento de la Constitución de 1917, lo logró. De allí la necesidad de todas esas reglas Constitucionales como las del artículo 27 en la parte en que establece que todo extranjero que adquiera propiedades en el país tendrá que considerarse como nacional respecto de dichos bienes y no podrá invocar por lo mismo la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena en caso de faltar al convenio de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubiere adquirido. La interminable serie de reclamaciones hechas por particulares diciéndose afectados por las revueltas ocurridas en el país en el curso de los pasados años, muchas de esas reclamaciones notoriamente injustificadas o francamente abultadas; las guerras que inclusive tuvo que sostener la Nación con potencias extranjeras, derivadas de esas reclamaciones; la posición en que todavía en el curso de la Revolución de 1910 se colocaron muchos extranjeros, pretendiéndose amparar en la bandera de su país para obtener privilegios; la actitud, por último, todavía en la hora presente, de grupos extranjeros cuyos hijos no obstante estar nacidos en el país, pretendieron y aún pretenden formar colectividades separadas de la mexicana, todo ello ha inducido al acentuamiento del criterio de territorialidad de las leyes mexicanas, que si puede ser combatido quizá desde el punto de vista estrictamente jurídico, encuentra sin embargo su plena justificación en las razones históricas que han quedado señaladas y en la necesidad que tiene México de afirmar su nacionalidad y de afianzar sus destinos.

Por todo ello el proyecto propone mantener los artículos 12 a 15, inclusive, del Código de 28.

### *Principios generales de derecho y otras normas*

Dentro del Título Preliminar del Proyecto encontramos una serie de disposiciones que contienen principios generales de Derecho y cuya colocación se justifica por tanto al tratar de las reglas generales de la ley. Tales son los

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 128.

artículos 6, 7, 11, 16 y 20 del Código de 28 que se refieren: a la ineficacia de la voluntad humana para alterar las disposiciones de la ley; a la renuncia de los derechos privados, que sólo es válida cuando no se afecte el interés público ni los derechos de tercero; a las leyes de excepción que sólo tienen aplicación a los casos particulares que ellas mismas prevén; al principio, fundamental en el Derecho privado social, de que los particulares deben ejercitar sus derechos y usar de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad. Por último; el principio según el cual siempre que sea posible, debe decidirse un conflicto en favor del que pretenda evitarse perjuicios y no del que trate de obtener lucro.

La bondad de estos principios y su inserción en un Código civil que se funda en la idea de la reducción del individualismo a favor del solidarismo social; en un Código moderador del lucro, benigno para los deudores y en general protector de los débiles, se justifica con su sola mención, y sólo es de desearse que los jueces hagan cada día mayor uso de esos principios para reducir el rigor del viejo derecho quirritario.

De los preceptos contenidos en el Título Preliminar del Código de 28 hay tres cuya supresión proponemos y son: el 2º que establece la igualdad de la capacidad jurídica del hombre y de la mujer, así como en lo que se refiere a la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles. Este magnífico precepto, cuya inserción en el pórtico del Código de 28 tenía plena justificación en una época en que el movimiento de emancipación femenina estaba en sus pródromos, ya no tiene razón de existir ahora que la mujer goza de todos los derechos, inclusive los políticos y que en el mismo cuerpo del código, sobre todo a partir de las reformas de 1954, se suprimieron los últimos reductos de la incapacidad femenina en materia de derechos civiles. Si la igualdad entre los cónyuges es ahora absoluta y lo es también frente a sus hijos; si la mujer puede ser tutriz, albacea, celebrar actos jurídicos sin necesidad del consentimiento marital, etcétera, es superfluo en nuestra opinión mantener ya en el Proyecto dicho precepto.

(Caso de que se considerara, empero, necesario mantenerlo, el lugar adecuado para su ubicación estaría en el capítulo del proyecto destinado a la capacidad y personalidad jurídicas.)

También nos ha parecido innecesario mantener en el proyecto los artículos 18 y 19 del Código de 28, porque aparte de ser el segundo una mera transcripción de uno de los párrafos del artículo 14 constitucional, innecesaria en la ley ordinaria, su verdadera ubicación, toda vez que se refieren a los requisitos de la sentencia judicial está en el Código de Procedimientos Civiles.

En cuanto a los artículos 8 y 17, como se refieren a casos de nulidad y rescisión, creemos que su lugar adecuado está en el capítulo correspondiente del libro sobre teoría general de las obligaciones.

## 6. Derecho de la personalidad

La parte primera del libro primero del proyecto está dedicada al estudio de las personas físicas, examinándose en ellas las normas relativas a los siguientes temas: adquisición de la personalidad y de la capacidad jurídicas; los derechos de la personalidad, entre ellos el derecho al nombre y otros; el domicilio y la residencia; la ausencia; la incapacidad y las causas de la misma y el estado de interdicción; la emancipación y las distintas clases de representación de los incapaces, patria potestad y tutela; y el registro del estado civil del individuo.

### *Adquisición de la personalidad y de la capacidad*

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 todos los efectos legales, siempre que al término de la gestación se desprenda el feto enteramente del seno materno y viva veinticuatro horas o sea presentado vivo dentro de ese plazo al Registro Civil.

Tales son las reglas que sobre la adquisición de la personalidad jurídica se contienen en nuestras leyes civiles mismas que tienen su origen histórico en las más antiguas leyes españolas, entre ellas la número 13 de Toro; sólo que estas leyes, como los viejos códigos del 70 y del 84 añadían, además, el requisito de que el recién nacido tuviera figura humana, que fue suprimido en la legislación nacional vigente quizá por considerar dicho requisito de tal manera obvio, que su mención pareció innecesaria. La viabilidad del nuevo ser, que en la mayoría de las legislaciones es uno de los requisitos para la adquisición de la personalidad y capacidad jurídicas, queda aquí limitada a un plazo mínimo de veinticuatro horas que aún puede ser menor si antes de que transcurra el mismo el recién nacido es presentado al Registro Civil. En consecuencia, aun cuando el infante falleciere unas cuantas horas después de su nacimiento, pero hubiere sido presentado al Registro Civil antes, se le tendrá por nacido para todos los efectos de la ley; y fue de esta manera que desde el Código de 84 se reformaron las disposiciones que contenía el Código de 70 y que derivaban de las viejas leyes españolas que hemos citado o sean las de Toro y del Fuero Juzgo, las que hemos dicho exigían además del plazo de veinticuatro horas el bautismo de la criatura, o sea la concurrencia simultánea de todos los requisitos. Por el contrario, en las leyes vigentes se establece que basta la presentación del niño aunque viva una sola hora, para que se le tenga como nacido.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Mateos Alarcón, Manuel, *Estudios de derecho civil*, tomo 1º, p. 29 en nota 2.

En consecuencia, para que el nacimiento otorgue el carácter de *persona* y la correspondiente capacidad jurídica a la misma, debe existir siempre en forma tal que el nuevo ser tenga, aunque sea por un espacio brevísimo de tiempo, una vida propia distinta de la de la madre, con absoluta separación física y fisiológica de ambos cuerpos. De allí que el nacido muerto no adquiera ni por un momento siquiera la personalidad; pero al contrario y según decimos ya, nuestra ley no exige como algunas otras legislaciones la viabilidad, o sea la idoneidad, orgánica y fisiológica del nacido para continuar viviendo, pues ésta se suple con la presentación del nuevo ser al Registro Civil, o bien con que el recién nacido alcance el mínimo plazo de veinticuatro horas, para considerarlo en ambas hipótesis *persona*.

Si la ley se preocupa de proteger al no nacido, pero concebido ya, es desde luego para los efectos de amparar a la gestación, evitando que actos criminales vayan a privar de su evolución gestativa a lo que es todavía una esperanza de ser; y para los efectos civiles esa protección es con el objeto de que al nacer, se retrotraigan los derechos que pudieran corresponderle al momento de la concepción, lo que ocurre principalmente para los efectos hereditarios u otros patrimoniales como la donación, que es válida para los no nacidos si han estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y son viables; en los términos señalados para esta viabilidad por la ley y a los cuales ya hemos hecho antes referencia.

### *Capacidad jurídica*

La capacidad jurídica, o sea la aptitud o idoneidad de la persona para ser sujeto de derechos subjetivos en general, es como se sabe *capacidad de goce y capacidad de ejercicio*, correspondiendo la primera a todo ser humano por el solo hecho de serlo, y la segunda limitada a ciertas personas y en ciertos casos. Refiriéndonos, pues, a la capacidad de ejercicio exclusivamente, examinaremos desde luego la capacidad en relación a la diferencia de sexos.

La igualdad de ambos sexos frente a la ley civil, es un principio que ha sustentado el Derecho mexicano desde hace mucho tiempo, estableciendo que la mujer no queda sometida por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles. (Art. 2º del C. de 84 y 2º del de 28.)

Este principio, no obstante los términos absolutos con que se establecía, se encontraba atemperado en las diversas fases de la aplicación de la ley, subsistiendo por ejemplo en el matrimonio la prohibición de que la mujer trabajase en caso de oposición del marido, siempre que éste subviniere a todas las nece-

sidades del hogar; o bien la imposibilidad para la mujer casada de reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio, a menos de que tuviera el consentimiento de su esposo; o, en fin, la prioridad para el sexo masculino de desempeñar los cargos de tutores de sus hijos con menosprecio de las mujeres de la familia, a quienes en el orden de prelación de la tutela sólo les correspondía una situación secundaria. Estas limitaciones a la plena capacidad jurídica de la mujer y a la absoluta igualdad en ambos sexos se suprimieron en virtud de las reformas que se hicieron al Código Civil en el año de 1954, y a consecuencia de las modificaciones hechas en la misma época a la Constitución Federal por las que se concedieron a la mujer plenos derechos políticos. En consecuencia, puede afirmarse que en el estado actual de nuestra legislación positiva, la igualdad de los sexos y la de ambos cónyuges dentro del matrimonio, es una absoluta realidad.

La capacidad jurídica de ejercicio se alcanza por ambos sexos, a los 21 años, fecha de mayoría de edad en nuestro Derecho fijada por la ley de 5 de enero de 1863. A esa edad la persona puede disponer libremente de sí y de sus bienes.

En el Código de 28 las reglas de adquisición de la personalidad se encuentran colocadas fragmentariamente y en capítulos separados, pues mientras que el artículo 22 establece los principios que hemos expresado sobre el nacimiento, el otro requisito que sustituye al de la viabilidad, vivir más de 24 horas o ser presentado vivo al Registro Civil, se contiene hasta el artículo 337 que está insertado en el capítulo sobre filiación legítima, o sea totalmente fuera de lugar. También fuera del capítulo de personas, donde debería hallarse a nuestro juicio, se encuentran los artículos sobre igualdad de la capacidad jurídica para el hombre y la mujer, y los artículos 646 y 647 que establecen el advenimiento de la plena capacidad jurídica por la mayor edad.

En esa virtud proponemos que el capítulo primero relativo a la personalidad y capacidad reúna todas estas disposiciones, actualmente dispersas, en la forma que las contiene el anteproyecto.

### *Derechos de la personalidad*

Los derechos de la personalidad, dice Messineo,<sup>18</sup> constituyen una categoría desconocida de los ordenamientos jurídicos antiguos y son una conquista de la ciencia jurídica del último siglo. Trátase de derechos absolutos en cuanto implican para los terceros un deber general de abstención, pero no son derechos reales: no se puede disponer de ellos, ni renunciarse y no pueden ser usucapidos. Se adquieren por el hecho mismo de ser sujeto de derechos y casi todos ellos

<sup>18</sup> Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, tomo III, p. 5.

nacen y se extinguen con la persona. Son derechos subjetivos que asumen como objeto propio algunos atributos esenciales de la persona y los que, al asegurar a un sujeto la exclusión de otros en el uso y apropiación de aquellos atributos, sirven para integrar la tutela de su individualidad. Dentro de ellos se encuentran el derecho al nombre o derecho a la identidad de la persona; el derecho sobre el propio cuerpo; el derecho a la imagen, a la reserva y al decoro; derecho al honor y a la respetabilidad; derecho al secreto epistolar; derecho de autor.

En realidad, lo que ha ocurrido es que así como en el siglo pasado las legislaciones de todo el mundo se preocuparon por garantizar los derechos públicos subjetivos (garantías individuales) que tienen los individuos frente al Estado para poner coto a las arbitrariedades de los gobernantes, en el moderno Derecho Civil se ha considerado necesario reconocer solemnemente los derechos inherentes a la personalidad para afirmar todavía más la dignidad de la persona y evitar que sea vejada por sus semejantes en la diaria lucha por la vida. Esta afirmación de los *derechos de la personalidad* es indispensable si se tiene en cuenta que los medios de información modernos, principalmente el periodismo, no se detienen muchas veces en su afán de publicidad para pisotear la honra y el decoro de las personas. De allí que sea necesario consignar en la moderna legislación civil una acción de daños y perjuicios para aquellos casos en que, sin derecho alguno, se violen la reserva, el decoro o la intimidad de una persona, dando a conocer públicamente hechos que, aunque verídicos, no tienen porqué ser divulgados.

### *Derecho al nombre*

Nuestras leyes civiles, de perfiles clásicos y ya un tanto obsoletas, no regulan aunque sea en sus lineamientos generales estos derechos a la personalidad como lo hace por ejemplo el Código Civil italiano en sus disposiciones relativas a las personas físicas (Arts. 5 a 10). Sobre el derecho al nombre únicamente existen en nuestra legislación disposiciones fragmentarias contenidas en la reglamentación del registro civil de las personas y concretamente en las materias de actas de nacimiento y de rectificación de actas. Esas disposiciones son, en síntesis, las siguientes: los hijos de matrimonio deberán llevar el nombre de pila que se les ponga y que por ninguna razón puede omitirse, pero cuya elección es libre y voluntaria; deben llevar igualmente los apellidos de los padres, colocando en primer lugar el del padre y en segundo el de la madre. Si se trata de los hijos mal llamados "naturales", deberán llevar únicamente el nombre de quien los reconoce, sin que pueda la madre omitir el suyo, ya que tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. En todo caso,



el oficial del Registro Civil tiene derecho a poner nombre y apellido a los registrados cuando se presenten como hijos de padres desconocidos.

En las materias de rectificación y cambio de nombre hay todavía una mayor insuficiencia de las disposiciones de la ley positiva. Por regla general el nombre no puede cambiarse a voluntad de las personas, ni siquiera el de pila, a menos de que se haga ante el Poder Judicial y a virtud de una resolución jurisdiccional, cuando se hayan comprobado las razones que la persona en cuestión alegue para pretender el cambio del nombre que aparece en su acta de nacimiento. Hay sin embargo códigos como los de los Estados de Veracruz y de Yucatán que admiten el cambio de nombre a voluntad del interesado, lo cual es seguramente discutible. Es necesario que la ley establezca por una parte el derecho que toda persona tiene al nombre que le corresponde por la ley, y a que ese derecho al nombre sea protegido de actos abusivos de tercero; pero a la vez que se imponga la prohibición de cambios o de rectificaciones al nombre, a menos de que exista una causa justa para ello.

Aparte de los anteriores, algunos códigos como el etíope de 1960 regulan entre los derechos de la personalidad aquellas libertades como la de creencias, de pensamiento, de inviolabilidad del domicilio, etcétera, pero como nuestras leyes constitucionales han establecido siempre estos derechos como públicos subjetivos del individuo frente al Estado y forman el capítulo de garantías individuales de nuestra Constitución, en este capítulo del proyecto enumeraremos aquellos que tienen un tinte más privado, esto es que sirven para realzar la condición y la dignidad de la persona humana y que debe respetar no solo el Estado, sino los demás individuos. Ellos son el derecho al nombre o derecho a la identidad de la persona, el derecho que cada uno tiene sobre su propio cuerpo tanto para ser respetado por los demás como para disponer de él después de la muerte; el derecho a la imagen, a la reserva y al decoro y el derecho al secreto epistolar. Los preceptos correspondientes que proponemos, los hemos tomado indistintamente de uno de los dos códigos, el italiano, o el etíope, según la nota correspondiente a cada uno de ellos.

## *7. Del domicilio y de la residencia*

### *Sede de la actividad jurídica de la persona. Domicilio*

La determinación de la sede de la actividad jurídica de la persona tiene gran importancia porque es necesario, para múltiples efectos de derecho, localizar el lugar donde se ejerce aquella actividad, tanto respecto al ejercicio profesional de la persona como al de su vivir íntimo y familiar. La legislación mexicana

usa indistintamente los términos de *domicilio* y de *residencia* para referirse a la sede de la actividad jurídica de la persona, pero es evidente la diferencia de ambos conceptos, pues mientras que el domicilio debe considerarse como el lugar del principal asiento de los negocios e intereses de una persona, debe dejarse el término *residencia* o *morada* para referirse a aquel lugar donde el individuo vive su vida íntima y familiar; aunque para muchas personas uno y otro concepto se asimilan por tener en el mismo lugar su domicilio, o sea el lugar de su trabajo o actividad profesional a la que se dedican y su residencia, o sea el lugar de su morada.

La ley prevé, además del domicilio efectivo o real de una persona, un *domicilio legal* que puede o no coincidir con el verdadero, y uno *convencional*. El domicilio legal de la persona es aquel lugar fijado por la ley para que en él cumpla aquélla con sus obligaciones y ejercite sus derechos, aunque de hecho no esté allí presente. Así, los menores de edad y los mayores incapacitados tienen como domicilio el de sus padres o tutores; los militares y los empleados públicos tienen como domicilio legal el lugar donde desempeñan sus funciones, aunque tratándose de los segundos ello ocurre siempre que su estancia no sea menor de seis meses, pues si se tratara tan sólo del desempeño de una comisión por un tiempo menor, dichos empleados conservarían su anterior domicilio. Igualmente la ley considera que el domicilio de las personas que por sentencia están sufriendo una pena privativa de la libertad por un tiempo mayor de seis meses, será la población donde se encuentra situada la prisión en la que aquéllas estén recluidas, surtiendo este domicilio todos sus efectos en lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena, porque por lo que se refiere a las relaciones anteriores a la misma, los sentenciados conservarían el último domicilio que hayan tenido.

En términos generales, en el Derecho mexicano la estancia de una persona en un lugar determinado por más de seis meses hace nacer la presunción de que dicha persona ha cambiado su domicilio a ese lugar; es decir que para todos los efectos de la ley esa persona se considera domiciliada en el lugar donde resida por más de seis meses. Para evitar esa presunción, la ley exige que la persona que se traslada a otro lugar manifieste tanto a la autoridad de su anterior domicilio como a la autoridad del lugar de su estadía, que el hecho de trasladarse a este punto no significa que pierda su anterior domicilio; pero esta declaración no producirá efecto alguno si se hace en perjuicio de tercera persona.

El Código de 1884 establecía, como una consecuencia natural de la plena autoridad marital que confería al esposo, que el domicilio de la mujer casada era el de su marido, a menos que hubiese obtenido una sentencia de separación de cuerpos. El Código de 1928, antes de las reformas del 54, no establecía

expresamente el domicilio legal de la mujer casada, pero la interpretación correcta de su artículo 163 entonces vigente, que establecía que la mujer debía vivir al lado de su marido, era sin duda la de que el domicilio legal de la mujer casada era el de aquél.

En los términos del artículo 163 reformado no puede ya sostenerse la misma interpretación y habrá que establecer, como lo hace por ejemplo el Código de Oaxaca, que el domicilio legal de las personas casadas, para los efectos de las relaciones entre ellas (y cabría añadir “y respecto de terceros”), es el lugar en que esté establecida la morada conyugal.

Además del domicilio efectivo y del domicilio legal de las personas, existe el domicilio convencional que es aquel que las partes fijan al tiempo de celebrar un contrato o algún otro acto jurídico, para cumplir en él la obligación o que se les tenga allí por domiciliados para los fines derivados del propio acto. El domicilio convencional así fijado tiene eficacia jurídica para los efectos del contrato o del acto celebrado, siempre que su designación no vaya en contra de una norma de orden público o no altere los derechos que terceras personas pudieran tener.

Con base en las anteriores observaciones se propone en el anteproyecto que el capítulo de domicilio y residencia distinga netamente ambos conceptos, evitando así la confusión que actualmente se observa.

#### *8. Desaparición de la persona. Ausencia y declaración de presunción de muerte*

En íntima relación con el domicilio de las personas está el instituto de la ausencia, toda vez que en derecho “ausencia” significa la “desaparición de una persona de su domicilio”, sin que se tenga la certeza de si está viva o está muerta, debido a la falta de noticias que de la misma se tenga, pues en caso contrario, no habría la incertidumbre que determina la intervención de la ley. Esta intervención tiene una doble finalidad: por una parte, la protección de los intereses y del patrimonio que el ausente haya dejado a su desaparición, y por la otra, la protección de los terceros en sus relaciones frente a aquél.

Pocos institutos de la legislación mexicana como el de la ausencia necesitan de una radical modificación, pues la ley actualmente establece un farragoso procedimiento que ya no se justifica en esta época en que el progreso de los medios de comunicación y el dinamismo de la vida moderna hacen inadmisibles los largos plazos de yacencia de los bienes, estado de yacencia que representa sustracción de los mismos al comercio. De allí que un código moderno debería regular el procedimiento de ausencia en forma más expedita y simplificada.

La situación es más grave si se tiene en cuenta que todavía hay Estados en

los que rigen ordenamientos del tipo del Código de 1884, que establecen un plazo hasta de 30 años para hacer la declaración de presunción de muerte como en Puebla, mientras que en Guanajuato y Zacatecas son necesarios 15 años para hacer dicha declaración; y ya se supondrán los perjuicios tan enormes que un procedimiento judicial de esa duración tiene que causar a los interesados

De cualquier manera, el cuadro actual de la legislación es el siguiente:

Al denunciarse la desaparición de una persona (no dice la ley cuanto tiempo debe durar esa desaparición para iniciar el procedimiento) y en caso de que se ignore el lugar donde dicha persona se halle, se nombrará un depositario de los bienes y se le citará por edictos para que se presente. (Salta a la vista lo erróneo de este criterio porque si como ocurre frecuentemente, la ausencia se debe a la muerte o a un padecimiento mental de la persona, es inútil llamarla llamando para que regrese a su domicilio; y si se diera el caso de que el ausente con plena voluntad se hubiera alejado de aquél, sería todavía más inútil estar llamando a una persona que por su propia voluntad se ha ocultado. La publicidad del procedimiento de ausencia no puede tener por objeto llamar a quien no quiere o no puede volver a su domicilio, sino únicamente proteger a los terceros cuyos derechos pueden verse afectados por la desaparición o por el regreso de la persona ausente.)

En el actual sistema del Derecho mexicano sin embargo, es necesario estar llamando al ausente, hecho lo cual sus bienes quedan depositados en poder del cónyuge o de los parientes más próximos en orden de rigurosa prelación, hijos, ascendientes, etcétera. No compareciendo el ausente cesa la depositaria y se nombra un representante, cargo que normalmente recae en alguno de sus parientes más próximos o en su heredero presuntivo.

El representante, que es el legítimo administrador de los bienes del ausente, durará hasta dos años en su puesto. Si pasados dos años desde el día en que hubiere sido nombrado representante no vuelve el ausente ni se tienen noticias ciertas de su muerte, se hará la declaración de ausencia dándole amplia publicidad. La declaración de ausencia produce los efectos siguientes:

Se abrirá el testamento del ausente y se dará posesión provisional de los bienes a las personas que en él figuren instituidas, o bien se abrirá la sucesión legítima dando en uno u otro caso posesión provisional de los bienes a los presuntos herederos; en caso de que los bienes no sean susceptibles de división, tendrán que administrarse comunalmente. La declaración de ausencia igualmente produce el efecto de que se cumpla la condición que esté pendiente para los legados o las donaciones, así como para extinguir aquellas obligaciones que dependen de la muerte del ausente, pero en todos estos casos se deberá otorgar una garantía. La sociedad conyugal queda interrumpida, a menos de pacto

expreso en contrario y se hará entrega al cónyuge presente de los bienes que le corresponden reservándose en administración del ausente.

Seis años después de declarada la ausencia los interesados podrán promover la declaración de presunción de muerte; cesa entonces la posesión provisional de los bienes y los herederos entrarán en posesión definitiva de los mismos sin garantía alguna y en caso de que la hubieran dado ésta quedará cancelada, disolviéndose la sociedad conyugal. La ley prevé la hipótesis de que el declarado ausente o presuntamente muerto, regrese. En el primer caso, esto es si regresa cuando sólo ha sido declarado ausente, quienes están en posesión de sus bienes deberán devolvérselos, teniendo derecho los depositarios a hacer suyos todos los frutos industriales que hayan hecho producir a esos bienes y a la mitad de los frutos naturales y civiles; los bienes y la otra mitad de estos frutos se devolverán al ausente. Si regresa cuando ya haya sido declarado presuntamente muerto, el ausente recobrará sus bienes en el estado en que se hallen o bien el precio de los enajenados o bien los que se hubieren adquirido con el mismo precio, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

Tal es el estado actual de la legislación sobre la ausencia que en nuestra opinión, como decimos antes, debe ser radicalmente modificada porque no se justifica ya de ninguna manera. En esa virtud, en el proyecto de Código de Guanajuato a que nos hemos venido refiriendo, tocó al autor de esta obra redactar y proponer el articulado sobre la ausencia, que hizo preceder de la siguiente nota:

“Al reglamentar el procedimiento relativo a la yacencia de los bienes por virtud de la desaparición de una persona, la comisión ha estimado prudente proponer en el anteproyecto una regulación que difiere radicalmente de la establecida por los códigos vigentes, tanto el de 1928 como el de 1884. En efecto, se propone la supresión de la entrega provisional de los bienes a los presuntos herederos del ausente, considerando que estas posesiones provisionales son siempre fuente de litigios, para sustituir ese sistema con el de la entrega de los bienes del ausente, por todo el tiempo anterior a la declaración de su presunción de muerte, a un representante que normalmente deberá ser uno de los presuntos herederos, su cónyuge, hijos, etcétera, pero que los poseerá con el carácter de mero depositario y que tendrá todas las obligaciones, facultades y restricciones que la ley señala a los depositarios judiciales y a los tutores, con quienes también se asimila dicho representante; la otra modificación radical que se propone es la de la reducción de los plazos, ya que atendiendo a las condiciones en que se desarrolla la vida moderna (facilidad de comunicaciones, etcétera), no se justifica la existencia de largos plazos en la yacencia de los bienes, con el consecuente perjuicio social derivado de la sustracción de bienes

al comercio. Igualmente se han suprimido en el anteproyecto los numerosos llamamientos que conforme a los códigos vigentes tienen que hacerse al ausente por medio de edictos llegándose hasta exigir que se publiquen con intervalos de quince días. La comisión estima que este criterio es erróneo, porque en todo caso la localización de un ausente es un asunto policiaco y porque, si como frecuentemente ocurre, la ausencia se debe a la muerte de la persona o a un padecimiento mental que ella sufre, resulta inútil estarla llamando para que regrese a su domicilio; y si se diere el caso de que el ausente con plena voluntad se hubiere alejado de aquél, sería también innecesario estar llamando a una persona que por su propia voluntad se ha ocultado. Creemos que en este caso la publicidad del procedimiento de ausencia debe tender fundamentalmente a la protección de los intereses de terceros, para que éstos estén en condiciones de actuar y ejercitar sus derechos en relación con el patrimonio o la persona del ausente."

Inspirado en estas ideas, el anteproyecto regula el procedimiento de ausencia en la forma simplificada que podrá verse en el capítulo correspondiente.

### *9. Incapacidad de ejercicio y estado de interdicción*

La capacidad de goce de los derechos subjetivos corresponde a toda persona por el sólo hecho de serlo, pero en lo relativo a la capacidad para ejercitarlos, esa capacidad puede restringirse, sea en razón de causas naturales, o bien por causas establecidas en la ley; de manera que puede hablarse de una incapacidad natural y de una incapacidad legal.

La incapacidad natural deriva desde luego de la edad; los menores de veintiún años son incapaces del ejercicio de los derechos que tienen en potencia, porque la ley estima que antes de esa edad la persona carece todavía de la experiencia y de la aptitud necesaria para ejercitar debidamente los derechos subjetivos de que se es titular.

#### *Capacidad limitada de ejercicio, a virtud de la emancipación*

Existe, sin embargo, un grado intermedio de capacidad, que es la que se concede al menor por virtud de la emancipación, mediante la cual aquél puede realizar los actos de administración de sus bienes, pero no los de disposición de los mismos, ya que para estos actos se requiere la autorización judicial. Tampoco puede el emancipado contraer libremente matrimonio, sino que para tal acto requiere del consentimiento de sus ascendientes o, en su defecto del

juez; ni comparecer en proceso, porque entonces es necesario que el emancipado esté representado por un tutor especial.

La emancipación se obtiene a virtud del matrimonio, *ipso jure*, y la condición de emancipado no desaparece aunque el matrimonio se disuelva. Igualmente la emancipación puede ser reclamada por el menor, siempre que sea mayor de 18 años compruebe su buena conducta, así como su aptitud para el manejo de sus intereses. Los padres y tutores pueden en las mismas condiciones emancipar a sus hijos y pupilos, siempre que éstos consientan en el acto de emancipación que es, como se ve, un acto en favor de los menores sin que de ninguna manera pueda redundar en su perjuicio. Estamos así, como se dice antes, frente a una especie de capacidad jurídica limitada, que se otorga por la ley, para la celebración de actos que no excedan de la administración ordinaria.

### *Diversas causas de incapacidad legal*

Además de la incapacidad natural derivada de la minoría de edad hay una incapacidad impuesta por la ley a ciertos mayores que se encuentran afectados por alguna enfermedad, los cuales caen en el llamado estado de interdicción. Esta incapacidad, que es siempre de ejercicio, ineptitud de obrar, tiene su raíz en un estado permanente o transitorio de enfermedad mental, de alteración de la psiquis producida por cualquier evento, o sea la demencia propiamente dicha; los estados de idiocia y sordomudez, así como también la derivada del uso constante del alcohol o de las drogas enervantes, factores todos éstos que producen en el sujeto una verdadera incapacidad de entender o de querer, afectando su idoneidad para el ejercicio de los derechos subjetivos que le corresponden y haciendo caer a la víctima en estado de interdicción según decimos. En consecuencia, las personas sujetas por la ley a la incapacidad no pueden obrar sino a través de sus representantes y si no lo hacen así son nulos todos los actos jurídicos que celebren, en los mismos términos que si se tratara de menores de edad.

La determinación de las causas de incapacidad legal y la enumeración que de las mismas hace la ley, constituye uno de los temas más vulnerables del Derecho mexicano, pues es evidente la disparidad que existe a la fecha entre la mención que de esas causas hacen los códigos y el avance de la ciencia médica en este campo. En efecto, los especialistas sostienen que hoy en día el término "*locura*" o "*demencia*" es insuficiente para explicar toda la gama de conductas extraviadas, de alteraciones psíquicas que se dan con tanta frecuencia en la agitada vida moderna, de tal modo que la ley debe revisar el concepto de *demencia* y las distintas causas de incapacidad legal que hoy contempla, para eliminar de la incapacidad a algunos sujetos y por el contrario para colocar dentro de ella

a muchos otros que con graves anomalías psíquicas no quedan actualmente dentro de esa incapacidad, debiéndolo estar.

En otros aspectos, el campo de la incapacidad legal podría ampliarse como ya dijimos antes, al sancionar con ella la conducta; si la buena conducta de un menor es la condición indispensable de acuerdo con la ley, para que éste sea emancipado, no se ve por qué esa misma conducta cuando sea mala y digna de represión, no ha de determinar como debiera la incapacidad del mayor que habitualmente comete actos antisociales, pudiendo encontrarse con estos criterios tal vez un modo de frenar los excesos de algunos sectores de la juventud.

Como ya expresamos antes al hacer la exposición general del anteproyecto, la materia de la incapacidad es uno de los temas más difíciles que pueden darse en la redacción del proyecto de código civil y su elaboración corresponde más que a los juristas, a los médicos especializados en psiquiatría, a los psicólogos y a los sociólogos. De allí que sólo de manera tentativa, en la redacción del anteproyecto se enumeren algunos de esos casos de incapacidad, en la forma que en el propio anteproyecto puede verse.

### 10. *Representación de los incapaces*

A la incapacidad del menor o del mayor sujeto a estado de interdicción, suple la ley quitándole relevancia a su voluntad y sometiéndolo al poder de persona capaz de obrar; persona que obra en nombre y en interés del incapaz y a quien se le llama *representante* legal. Se satisface así la necesidad de orden público consistente en que sean cuidados los intereses del incapaz, imponiendo sobre su voluntad débil, inexperta o enferma, una capacidad de obrar y voluntad idóneas: respecto de los menores, la de sus padres o demás ascendientes o, si no los tuvieren, la de su tutor; respecto de los mayores incapaces la de su tutor. En el primer caso estamos frente al instituto de la patria potestad; en el segundo frente a la tutela complementada en ciertos casos con la curatela que es en realidad una supervigilancia del correcto ejercicio de la tutela. En el Derecho mexicano y como órganos administrativos o jurisdiccionales complementarios de los institutos de representación legal de los incapaces, tenemos además a los llamados consejos locales de tutela y los jueces pupilares.

#### *Patria potestad*

La patria potestad es un conjunto de facultades, con sus obligaciones correlativas, a través de las cuales se realiza la misión confiada a los progenitores de proteger, educar y cuidar a la persona del menor, así como de atender a sus in-



tereses patrimoniales. Son poderes de duración temporal puesto que terminan cuando el hijo ha alcanzado la mayor edad o antes si ha sido emancipado.

El ejercicio de la patria potestad corresponde a los padres en primer lugar; después, a los abuelos paternos y a falta de éstos a los maternos. Tratándose de los hijos nacidos fuera de matrimonio, corresponde la patria potestad al progenitor que hubiere reconocido al hijo y si no vivieren juntos, al que de entre ellos convenga en ejercerla o, a falta de acuerdo, al que decida el juez. Si no hubiere padres, ejercerán la patria potestad los ascendientes en el mismo orden establecido para los hijos de matrimonio. Tanto en la patria potestad legítima como en la natural, sólo por falta o impedimento de los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que siguen en el orden de prelación establecido por la ley; pero si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponda ejercer la patria potestad, la que quede continuará con dicha representación.

### *Tutela y curatela*

La representación de los mayores incapacitados o de los menores que por alguna circunstancia no están sujetos a la patria potestad, corresponde al tutor. Para vigilar los actos del tutor y defender en caso necesario los derechos del incapacitado, precisamente en contra del tutor, se nombrará un curador.

En el Derecho mexicano la tutela es testamentaria, legítima o dativa, según que se haya deferido por voluntad en el testamento; por ministerio de la ley o por decisión judicial. Todas tienen como principio común el de que sea necesaria la declaración previa que se haga, del estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

### *Consejos locales de tutela y jueces pupilares*

El sistema mexicano de protección y representación de los incapaces, se completa con el órgano administrativo llamado Consejo de tutelas y con la justicia pupilar, uno y otra productos del Código Civil de 1928 puesto que no existían en la legislación precedente. Según la información proporcionada por los redactores del código estas instituciones se tomaron del código civil alemán, pero es evidente a más de treinta años de distancia de la promulgación del código, que el consejo de tutelas, sobre todo, ha demostrado ser ineficaz para resolver los graves problemas que plantea la protección de los incapaces así como también la protección de la sociedad, frente a incapaces (menores) de franca conducta antisocial. De allí que parece urgente modificar la ley para hacer de estos con-

sejos órganos con mayores atribuciones y facultades, que complementen inclusive el ejercicio de la autoridad paterna, y lo mismo cabe decir de la justicia pupilar.

Tal es el estado actual de la legislación mexicana en materia de los institutos representativos de los incapaces, mismo que en general se conserva en el proyecto si bien se ha procurado afinar el articulado simplificándolo y evitando que, como ocurre en el código vigente, se incurra en muchas repeticiones.

En la materia de tutela sí se proponen modificaciones substanciales, tratando de substituir el farragoso articulado actual por una legislación más breve y sencilla, inspirándonos al efecto en textos legislativos extranjeros o en meros proyectos de ley, como son la Ley francesa de tutela de 14 de diciembre de 1964, la Ley belga sobre la protección de la juventud, de 8 de abril de 1965, el "Proyecto Gomes" para el nuevo Código civil de Brasil y el Proyecto de Código civil de Portugal, de 1966.

Desaparece así la injustificada distinción de la tutela en legítima, testamentaria y dativa, para ser substituida únicamente por la de tutela judicial y testamentaria. En efecto, fuera del caso en que una persona designa en su testamento un tutor a los incapaces que están bajo su guarda excluyendo así a los que ejercen la patria potestad que es muy necesario conservar porque muchas veces es perjudicial la intervención de los ascendientes de segundo grado en la educación de los menores, en todos los demás casos la tutela es diferida por el juez y no tiene sentido dividirla en legítima o dativa por el hecho de que el tutor sea un pariente del incapaz o un extraño.

En cuanto a los demás órganos complementarios del sistema de protección y representación de los incapaces, que en el Código de 28 son los consejos de tutela y la justicia pupilar, el proyecto, después de examinar los dos sistemas fundamentales que existen en el Derecho europeo sobre ambos organismos complementarios, o sea el sistema francés relativo al carácter familiar de aquéllos (los Consejos de familia) y el alemán, que es judicial, y en el cual se basó nuestro Código de 28, estimó conveniente mantener el sistema judicial que ya ha adquirido cierta carta de naturalización en nuestro medio, aunque modificando el consejo de tutela en un Consejo de protección de los incapaces, o Consejo de protección de la juventud que se previó en el anteproyecto y que regula la ley belga citada, el cual tiene la doble misión de cuidar a los incapaces no sólo de los terceros sino de sus representantes legales, padres o tutores en los casos en que así lo ameriten.

Una de las más importantes misiones que se le otorgan al consejo es la de controlar a los incapaces por mala conducta y también ejercer una supervigilancia sobre aquellos padres de familia que descuidan la educación o cuidado de sus hijos y asimismo tiene el consejo las funciones dadas al curador por lo que esta

institución desaparece; todo ello de acuerdo, inclusive con el concepto moderno de la familia, expresado entre otros por Cicu, que hace del Derecho familiar una rama cada vez más alejada del derecho privado y más cerca del derecho público.<sup>19</sup> Es decir, que en vez de la intervención de personas, que como el curador atiende y representa intereses privados, movido inclusive por su deseo de percibir honorarios, es necesario dar paso y fortificar organismos para-estatales que intervengan en el control de los incapacitados y en la educación de los menores, revisando inclusive si es necesario las fallas en el ejercicio de la patria potestad, todo ello en beneficio del interés social.

Es con base en estas ideas como se ha redactado el articulado sobre patria potestad, tutela y consejos de protección y vigilancia de los incapaces.

### 11. *El registro del estado civil del individuo*

El *status* de la persona física, o sea “la condición o manera de que los hombres viven o están”, para usar la célebre frase de las Partidas, debe quedar asentado en forma fehaciente con el objeto de que la sociedad sepa la posición que guarda en ella un individuo determinado, en función de su estado civil; o la certeza y en ciertos casos la presunción de su muerte.

Sabemos ya que una de las primeras materias civiles en las que se legisló en el siglo pasado, antes de la expedición del Código de 1870, fue precisamente ésta del registro del estado civil de las personas, que se estableció en México por la Ley del 27 de enero de 1857. Ello se explica porque tradicionalmente la Iglesia había llevado en sus archivos el control de los tres principales actos en la vida del individuo, que son el nacimiento, el matrimonio y la muerte; y en un movimiento paralelo al producido durante la Revolución francesa, nuestra Revolución de Reforma consideró que uno de los golpes más fuertes que podría asestar al clero era el de la secularización del registro civil de los individuos y de allí la promulgación de la ley que mencionamos.<sup>20</sup>

La institución del registro civil se basa en algunos principios fundamentales que son los siguientes: 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 por la ley. Sin embargo, la jurisprudencia mexicana en este particular es muy liberal, ya que tomando en cuenta la realidad de nuestro país se ha preocupado por atemperar el principio rígido de la exclusividad de las actas para com-

<sup>19</sup> *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, núm. 55, pp. 279.

<sup>20</sup> Pallares, Jacinto, *Leyes no codificadas*, p. 150.

probar el estado civil de las personas, admitiendo que éste se pruebe con otros medios, en aquellos casos en que la falta de las actas correspondientes se deba a omisiones de los progenitores, para evitar así que las faltas de los padres recaigan sobre los hijos. Se suplen así las actas con la posesión de estado y este criterio jurisprudencial, aunque cada vez menos aplicado a consecuencia de la progresiva educación de nuestro pueblo, debe innegablemente ser mantenido en la legislación.

Otro principio básico de la institución es el de que las actas sólo pueden asentarse en los libros del registro, que habrán de llevarse por duplicado para prevenir la pérdida de las actas, archivándose cada ejemplar del libro en diverso lugar. Por último, el registro es público. Puesto que su función inherente es la publicidad y el conocimiento por todos del estado de una persona, la ley prevé que cualquiera persona puede pedir testimonio de las actas del registro civil y de sus anexos y que el oficial registrador estará obligado a darlo.

En torno de estos principios cuya justificación por sí sola salta a la vista, se ha construido la institución del registro del estado civil del individuo, complementada con una multitud de reglas las más de ellas de carácter accesorio o secundario, de tipo administrativo, que bien podrían eliminarse del código civil y dejarse a una ley secundaria.

Nos parece que la regulación de este instituto en el Código de 28 es susceptible de mejorarse porque hay en aquélla una gran confusión ya que se mezclan en el articulado los principios básicos del registro con disposiciones meramente secundarias como son los que se refieren a la forma material de llevar los libros, a la calidad de los testigos, etcétera. En cuanto al número de libros del registro, se propone la supresión del séptimo relativo a la inscripción de las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte o la pérdida de la capacidad legal para administrar bienes, toda vez que de acuerdo con la reglamentación que se proyecta de la ausencia ha quedado suprimida la declaración de ausencia y sólo se hará una declaración de presunción de muerte. Puesto que el efecto jurídico de esta última declaración es el mismo que el de la muerte física, las declaraciones judiciales de presunción de muerte habrán de inscribirse en el libro de defunciones. Por lo que ve al acta relativa a la "pérdida de la capacidad legal para administrar bienes" como esta situación solamente puede darse a consecuencia de una declaración de estado de interdicción y de la correspondiente sujeción a tutela, no existe acta alguna particular a este estado y debe por tanto quedar comprendida dentro de las actas de tutela.

En virtud de todo lo anterior el proyecto se propone establecer separadamente las reglas fundamentales que consagran los principios básicos de la institución, para dejar en otro capítulo las normas sobre redacción de actas y se cierra con el capítulo relativo a la nulidad y rectificación de las actas del estado civil.

## 12. Las personas morales

Para la realización de fines que normalmente son superiores a los que pudieran alcanzar, tanto la capacidad normal de un individuo como su tiempo probable de vida, el Derecho reconoce entidad jurídica y por ende personalidad, a aquellas agrupaciones o personas sean asociaciones, corporaciones, fundaciones, etcétera, que tienen la común denominación de *personas jurídicas o morales*.

Algunas de estas corporaciones, quizá las más importantes, son de Derecho público: la Nación (o mejor dicho el Estado federal, puesto que la Nación es un concepto sociológico y no un ente jurídico) y además en nuestro régimen federal, los Estados federados y los municipios. También ciertas corporaciones de carácter público reconocidas por la ley.

El estudio de estos entes jurídicos, de estas personas morales de Derecho público, cae fuera de nuestro proyecto; sin embargo, los enumeraremos entre las personas jurídicas por las razones de tipo tradicional a que adelante nos referiremos.

Nuestras leyes civiles no definen a las personas jurídicas sino que se limitan a hacer una enumeración de ellas, mezclando indistintamente personas morales de Derecho público con las de Derecho privado; tampoco se distinguen en nuestro Derecho, los dos tipos de personalidad moral privada que la doctrina reconoce frecuentemente, a saber, la *asociación*, entendida como la unión de personas físicas interesadas en la obtención de una determinada finalidad común a ellas, y la *fundación* que es un conjunto de bienes afectado a un determinado fin. Puede decirse que en términos generales la legislación mexicana sobre personas morales es meramente supletoria ya que remite de manera fundamental al acto constitutivo y a los estatutos que redactan los fundadores del ente moral.

El problema fundamental que plantean las personas morales es el de saber si es necesario el reconocimiento o autorización del Estado para que las mismas tengan existencia legal. El Código de 84 contenía un artículo, el 39, en el cual se expresaba que: "*Ninguna asociación o corporación tiene entidad jurídica si no está legalmente autorizada o permitida.*" Se modificó así el artículo 44 del Código de 1870 que no contenía la palabra "permitida" y que daba origen a la discusión de si era necesaria una autorización especial para cada persona moral, estableciendo claramente la necesidad de dicha autorización.

El Código de 28 suprimió el artículo 39 del Código de 84, pero la necesidad del reconocimiento legal está sin embargo implícita al decir que son personas morales las corporaciones de carácter público *reconocidas* por la ley, y que también lo son las asociaciones que se propongan fines lícitos siempre que no fueren *desconocidas* por la ley.

El verdadero alcance de la ley mexicana en cuanto a la necesidad de la autorización del Estado para la vida de la persona moral, está fijado en la doctrina y es el que señala Mateos Alarcón en sus Comentarios al Código de 84,<sup>21</sup> ya que este autor acertadamente expresa que debe hacerse al respecto una distinción: por lo que toca a las corporaciones que tengan un fin de utilidad pública o de utilidad pública y privada conjuntamente, dichas personas morales para tener esa calidad necesitan la previa autorización del Estado, porque ninguna corporación o comunidad puede crearse una vida independiente de las leyes que rigen al país. De allí que por ejemplo, sigue diciendo, las corporaciones o comunidades religiosas que están prohibidas por nuestras leyes, no tiene entidad jurídica entre nosotros.

En cambio las personas morales que no persiguen sino una finalidad de tipo privado, como las sociedades civiles o mercantiles no necesitan de autorización alguna del Estado para su existencia. En cuanto a las fundaciones que tienen un fin de utilidad pública y privada conjuntamente, es evidente que sí necesitan de la autorización del Estado para tener vida legal y así lo han establecido siempre las leyes administrativas que hasta ahora han regido la vida de las fundaciones en nuestro Derecho.

En esa virtud, el proyecto propone mantener este criterio doctrinal aclarándolo debidamente para evitar dudas y además distinguir las personas morales de derecho público de las de derecho privado, clasificando a estas últimas en sus dos grupos básicos de asociaciones y fundaciones.

En rigor el otorgamiento de la personalidad moral a entes colectivos de Derecho público y de rango mayor como son el Estado Federal, los Estados federados y los Municipios; a las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley y a las personas morales creadas por el Derecho del trabajo, como son los sindicatos y las asociaciones patronales, no corresponde al código civil ya que todos esos entes derivan su personalidad jurídica de la ley particular que se les otorga: la Constitución o ley suprema a los primeros, y las leyes obreras o administrativas a las demás corporaciones de Derecho público que las crean. Sin embargo, no es del todo innecesario que en el código civil se haga mención de las distintas clases de personas morales y de allí que en el articulado correspondiente, se contengan normas generales sobre esas figuras de la personalidad moral.

### 13. *Del matrimonio*

La parte segunda del libro primero del proyecto está dedicada al estudio del Derecho de la familia, examinándose en ella las normas relativas a las siguientes

<sup>21</sup> *Op. cit.*, tomo 1<sup>o</sup>, p. 49 en nota 2.

instituciones: *el matrimonio*; la disolución del mismo por causa de *divorcio* y otras formas de terminación del matrimonio; la situación de la persona dentro de la familia, o sea el *parentesco* en sus tres especies de: parentesco por consanguinidad (filiación); por afinidad y civil (adopción); y, por último, la obligación pecuniaria derivada del parentesco, o sean los *alimentos*.

En el matrimonio, la reglamentación comprende los siguientes capítulos: el mantenimiento o la supresión de los esponsales; los requisitos de existencia y de validez del matrimonio, estudiando aquí las formalidades para el acto matrimonial, que en el Código de 28 se colocan en el capítulo del registro civil; los impedimentos, etcétera, los derechos y las obligaciones de los cónyuges, tanto entre sí como en relación a los hijos; el régimen patrimonial dentro del matrimonio; y, por último, la materia de la nulidad e ilicitud de éste. Brevemente indicaremos la forma como el proyecto resuelve estos temas, antes de dar su articulado.

### *Esponsales*

El Código de 28, lo que no hacían los códigos del 70 o de 84 que no reconocían esponsales de futuro, regula esta institución que fue establecida por primera vez en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, como un medio de otorgar una indemnización para el caso de ruptura de la promesa matrimonial a la novia o novio inocentes, así como para imponer la obligación de devolver los gastos y donaciones hechos en virtud del prometido matrimonio.

El anteproyecto propone la supresión de los esponsales considerando que, por una parte, los esponsales no tienen ningún efecto positivo ya que ellos no producen la obligación de contraer matrimonio, ni se puede estipular en los mismos pena alguna por no cumplir la promesa.

Además estimamos que la regulación de la promesa de matrimonio en los términos en que lo hace el Código del D. F. y los ordenamientos que en él se han inspirado, no va de acuerdo con las costumbres mexicanas ni encuadra dentro del carácter romántico y caballeroso de nuestro pueblo, que nunca hace valer el derecho que la ley concede al prometido cuyo matrimonio no se lleva a cabo, de exigir a su novio o novia el resarcimiento de los gastos que hizo para el proyectado matrimonio o la indemnización que concede el artículo 143 del Código de 28. Por lo que toca a la reparación material por rompimiento de esponsales, debe considerarse en todo caso que dicha reparación puede quedar fundada en la que se debe por la comisión de un acto ilícito o contra las buenas costumbres, y que cabe por tanto dentro de la fórmula general del artículo 1910 del propio ordenamiento.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Que establece que todo el que cometa un hecho ilícito está obligado a repararlo.

En lo que se refiere a la acción para la devolución de los bienes donados con motivo del concertado matrimonio, que también se contiene en el Código de 28 dentro del capítulo de los esponsales, se estima que dicho derecho es perfectamente justificado, pero que el lugar adecuado para consagrarlo está en el capítulo de las donaciones antenupticiales, como ya lo hace el propio Código en el artículo 230, del que resulta ser una repetición innecesaria el artículo 145 citado.

### *Definición del matrimonio*

El Código de 28 no define esta institución, dando por conocido su concepto; sin embargo, en el proyecto se propone definirlo para hacer resaltar sus fines esenciales, esto es como la unión de un hombre y una mujer que se unen para convivir y para realizar esos fines que son la perpetuación de la especie, la ayuda mutua que se deben los cónyuges y la atención de la prole.

### *Requisitos del matrimonio*

Como el matrimonio es un acto solemne en que la formalidad juega por tanto *ad solemnitate* y no *ad probatione* causa, se toman del capítulo relativo a actas del estado civil las reglas relativas a las actas de matrimonio para colocarlas dentro del capítulo sobre formalidades, con lo que se le da una mayor sistematización al instituto. En cuanto a otros requisitos, como son los impedimentos, se distinguieron de acuerdo con la división clásica en *dirimentes* o *simplemente impeditentes*. En el anteproyecto de Guanajuato se había propuesto la supresión de los impedimentos consistentes en la comisión anterior de los delitos de adulterio o de tentativa de homicidio, para evitar que el autor de esos hechos pudiera contraer matrimonio prevaliéndose del acto criminal que dejaba libre a uno de los casados o con quien había tenido relaciones adúlteras, estimando que como esos actos ya tenía una sanción criminal, una vez cumplida ésta no podría imponerse nueva pena por el mismo delito; pero, posteriormente, hemos reflexionado en que la gravedad de esas circunstancias impone la prohibición de un subsecuente matrimonio entre quienes han tenido relaciones de adulterio, o se han confabulado para dar muerte a uno de los esposos a fin de casarse con el que quede libre, y que, por tanto, independientemente de la cuestión penal, deben mantenerse dichos impedimentos.

### *Derechos y obligaciones de los cónyuges*

En este capítulo se vuelve desde luego al viejo Código de 84, que establece como una obligación primaria, derivada del matrimonio, la que tienen los cón-



yuges de guardarse fidelidad, y que ya no aparece en el texto del artículo 162 del Código de 28, si bien hemos creído siempre que ello se debe a una omisión de legislador y no a que esta obligación fundamental haya quedado suprimida, pues además de ir contra la moral y la estructuración del matrimonio, en la propia ley civil vigente se sigue exigiendo en numerosos preceptos esa fidelidad. De cualquier manera, y en obvio de confusiones, se establece expresamente que los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, lo que implica la prestación del débito conyugal y a socorrerse mutuamente.

En cuanto a los demás derechos y obligaciones se siguen las actuales disposiciones del código, modernizadas en virtud de las reformas hechas el año de 1954, en las que, como ya sabemos, se ha tratado de igualar hasta donde la diversa naturaleza del sexo lo permite, la posición del hombre y de la mujer dentro del matrimonio. Se establece así que ambos cónyuges deberán vivir juntos en el domicilio conyugal, pero que quedará exento de dicha obligación cualquiera de ellos que tenga que trasladarse a otro lugar si justifica debidamente esa necesidad. Asimismo a ambos cónyuges corresponde el derecho de oponerse a que el otro se dedique a un trabajo o profesión en que se dañe a la moral, a la familia, etcétera.

Como hemos dicho en alguna ocasión, todavía no es tiempo de valorar la influencia que esta nueva organización familiar haya tenido en la reestructuración de la familia mexicana, por ser muy breve el plazo desde que instauró en el Distrito Federal y en otras dos entidades de la República que son los Estados de Colima y de México. La ley aquí evidentemente no se ajusta a la opinión de la sociedad que es refractaria a la concesión de mayores derechos a la mujer hasta igualarla con el hombre; pero en nuestra opinión debe mantenerse porque puede servir de acicate para una transformación social que parece aconsejable.<sup>23</sup>

### *Régimen patrimonial del matrimonio*

Hasta antes de la Revolución el régimen de regulación de los bienes de los consortes que gozaba de la preferencia de la mayor parte de los contrayentes era el de la llamada *sociedad legal*, pues si bien es cierto que tanto el Código de 1870 como el de 84 preveían también la separación de los bienes de los consortes, este régimen como decimos era poco aceptado en la práctica, ya que la mayoría de la sociedad mexicana entendía el matrimonio como una plena comunidad de espíritu y de bienes.

<sup>23</sup> *Síntesis de derecho civil*, p. 48.

Los abusos cometidos bajo el régimen de la sociedad legal del matrimonio, debidos fundamentalmente a la mayor autoridad que el marido tenía en la sociedad y a la circunstancia de ser él el administrador forzoso de la misma, hicieron que al transformarse el orden jurídico por virtud de la Revolución de 1910 y al dictarse en cumplimiento de las promesas hechas por el movimiento armado leyes que organizaron la sociedad sobre nuevas bases, se estableciera en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 el régimen diametralmente opuesto, o sea el de la separación de bienes, como aquel que debía presumirse aceptado, a falta de capitulaciones matrimoniales expresas. En la exposición de motivos de la ley mencionada, se hacen extensas consideraciones para justificar la reforma, expresando que el régimen de sociedad conyugal que concedía al marido tan amplios derechos, había traído consigo en innumerables casos la expoliación de la mujer, quien frecuentemente era abandonada una vez que el marido había dispuesto de todos sus bienes.

El Código de 1928 adoptó en esta materia una posición transaccional, puesto que dejó al convenio expreso y forzoso de los futuros cónyuges la cuestión de sus bienes presentes o futuros, de tal forma que un matrimonio en el cual no se pacten capitulaciones matrimoniales expresas será nulo por falta de forma, ya que la redacción del convenio es uno de los requisitos indispensables que hay que llenar al tiempo de contraer matrimonio. En consecuencia, en el estado actual del Derecho mexicano el matrimonio por lo que ve a los bienes de los consortes, puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes.

El sistema anterior sobre régimen de los bienes en el matrimonio rige en buena parte del territorio de la República, pero hay entidades federativas que establecen como régimen supletorio a falta de convenio el de separación de bienes, en la misma forma en que lo estableció la Ley de Relaciones Familiares que hemos citado. Esas entidades son Campeche, Michoacán, San Luis Potosí y Tlaxcala.

Por último diremos que en otras entidades no es necesario pactar expresamente sobre el régimen patrimonial del matrimonio, pues a falta de convenio se entiende el matrimonio celebrado bajo el régimen de sociedad legal.<sup>24</sup>

Pensamos que en este aspecto conviene mantener los dos regímenes de sociedad conyugal y de separación de bienes, tal como se hace en el Código de 28, si bien hemos procurado simplificar el articulado, que en esta materia está lleno de inútiles preceptos, muchos de ellos meras repeticiones de otros.

Por último y por lo que ve a este aspecto de bienes en el matrimonio, aunque en el anteproyecto se conserva la materia de donaciones antenuptiales, se lleva

<sup>24</sup> Véase nuestra información sobre regímenes matrimoniales en México, enviada a la Sociedad de Legislación Comparada de París.

el articulado al capítulo sobre el contrato de donaciones, e igualmente la materia de donaciones entre consortes para evitar un trato fraccionado del instituto de la donación.

La nulidad e ilicitud en el matrimonio tiene como origen causas anteriores a su celebración, pero éstas son de diversa índole puesto que las que determinan la nulidad se refieren a presencia de impedimentos o a falta de solemnidades y en cambio los de ilicitud se originan porque se han violado, al contraerse el matrimonio, prohibiciones establecidas por la ley, como son la existencia de la tutela, el plazo de viudez o de divorcio anterior.

En esa virtud en el anteproyecto se han clasificado debidamente estas causas de nulidad e ilicitud, siguiendo en todo al de Guanajuato de 1962 cuya comisión redactora, como ya dijimos antes, hizo un estudio analítico y cuidadoso de esta materia, y el cual hemos seguido en buena parte para la redacción del capítulo correspondiente de este anteproyecto.

#### 14. Bienes de los concubinos durante el amasiato

Ya se expresó antes que no es prudente legislar sobre el concubinato ni menos conceder en la ley ventajosos derechos para los amasios, porque ello redundaría evidentemente en perjuicio del matrimonio. Sin embargo, siendo como es un hecho innegable la existencia de las uniones libres aun cuando tienden a reducirse a medida que progresa la sociedad, es inevitable regular algunos efectos que se producen por el concubinato como lo son los casos de herencia de la concubina y de la filiación natural; y dentro de este orden de ideas también se plantean en la práctica problemas relativos a los bienes adquiridos por los concubinos, muchas veces merced al trabajo y al esfuerzo continuado de los dos.

Como no parece justo que en estos casos uno solo de los amasios se aproveche del patrimonio que han formado ambos, prevaleciéndose quizá de una titulación exclusiva a favor de uno solo de ellos, un código americano que regula una situación social parecida a la que México confronta, que es el de Venezuela, ha establecido una regla que a nosotros nos parece acertada y que es la contenida en el artículo 767 de su código civil, la que expresa que: "*Se presumen comunes, salvo prueba en contrario, los bienes adquiridos por un hombre y por una mujer durante la unión concubinaria, aunque dichos bienes aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción, sólo surtirá efecto legal entre los concubinos y sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro.*"<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Un comentario sobre este precepto del Código Venezolano puede verse en nuestro *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* de México, núm. 17, p. 177, relativo

Proponemos que en el proyecto e inmediatamente después de las normas sobre régimen patrimonial del matrimonio, se inserte textualmente el precepto que hemos transcrito.

### 15. *Divorcio y disolución del matrimonio*

El matrimonio termina por la muerte de alguno de los cónyuges o por la ausencia continua de éste que haga presumir su muerte; por la nulidad o ilicitud del matrimonio en razón de causas anteriores o coetáneas a su celebración, o por el divorcio que es una verdadera rescisión del contrato en atención a causas o circunstancias ocurridas durante el matrimonio.

Sobre las razones de nulidad o ilicitud ya hemos hecho somera referencia. Indiquemos ahora en consecuencia cuáles son las causas de divorcio, expresando que el divorcio desvinculatorio sólo existió en nuestro Derecho a partir de la legislación revolucionaria, o sea en la Ley de 29 de diciembre de 1914, pues con anterioridad a ella el divorcio en el Derecho mexicano no tenía más efecto que la separación de cuerpos.

En efecto, en el Código de 1884 el divorcio no disolvía el vínculo del matrimonio: tan sólo suspendía alguna de las obligaciones de él derivadas, entre ellas la de que los esposos vivieran juntos.

Sobre la base, pues, de que el divorcio en la moderna legislación mexicana sí tiene el efecto desvinculatorio a que nos hemos referido, para dejar a los cónyuges en aptitud de contraer otro, expresaremos que ya en otra ocasión<sup>26</sup> hemos clasificado a las causas de divorcio en los siguientes grupos atendiendo a su origen, es decir a los derechos u obligaciones que a cada cónyuge corresponden, los cuales al ser violados por el otro engendran en el esposo *inocente* la facultad de demandar la disolución del vínculo conyugal.

a) *Causas eugenésicas*: son aquellas en las cuales uno de los cónyuges falta a su deber de mantenerse sano física y mentalmente, para realizar el objeto fundamental de la institución que es el de la perpetuación de la especie mediante la procreación de los hijos. Estas causas son la de que uno de los esposos padezca sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. También lo son la embriaguez habitual, la enajenación mental incurable y el uso indebido y persistente de drogas enervantes.

a un libro del doctor Silvestre Tovar Lange, denominado *El cuasicontrato de comunidad en el concubinato según la legislación venezolana*.

<sup>26</sup> *Panorama del derecho civil mexicano*, p. 31.

b) *Causas que violan el deber de fidelidad* que ambos cónyuges se deben mutuamente: la ley menciona como única causa de esta índole, la del adulterio.

c) *La violación al deber de socorro y ayuda mutuos* engendra la causa de divorcio por falta de cumplimiento de la obligación alimentaria que ambos cónyuges se deben, pues en nuestro derecho es una obligación recíproca.

d) *El deber de los cónyuges de vivir juntos* bajo el mismo techo. La violación de este deber engendra las causas de divorcio por separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, o por más de un año por causa que podría engendrar el divorcio, así como los casos de ausencia.

e) *Obligación de los cónyuges de guardarse mutuo respeto*: como causas derivadas de la violación a esta obligación, encontramos el hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo; la sevicia, amenazas e injurias graves de un cónyuge para con el otro y la acusación calumniosa que haga del otro uno de los esposos.

f) Por último y como causas fundadas en la *conducta inmoral* de uno de los esposos, se mencionan en el Derecho mexicano las siguientes: la propuesta del marido para la prostitución de su mujer, por actos diversos directa o indirectamente tendientes a tal fin. La incitación o la violencia de un cónyuge para con el otro, para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer a fin de corromper a los hijos, y la mera tolerancia en su corrupción. El haber cometido uno de los cónyuges un delito no político pero sí infamante, por el cual tenga que sufrir una pena mayor de dos años de prisión. El hábito de juego, cuando amenaza causar la ruina de la familia, o sea un motivo constante de desavenencias conyugales. Por último, el cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena superior a un año de prisión.

Las anteriores son las causas que pudiéramos llamar propiamente de rescisión del matrimonio, por violación a alguna de las obligaciones que de éste surgen, pero además de aquéllas y ya no como causas rescisorias, sino de tipo resolutorio, puesto que se funda en la voluntad expresa de ambos cónyuges, tenemos el divorcio voluntario por mutuo consentimiento.

En pocas materias como en esta de las causas de divorcio encontramos tan señaladas variantes en las diversas leyes mexicanas, pues muchos de los códigos de los Estados del país han introducido nuevas causas o han modificado las señaladas en el Código del Distrito Federal, limitándonos a hacer la anterior obser-

vación, pero sin entrar en mayores detalles, pues ello alargaría considerablemente este estudio.

La cuestión fundamental que habrá de resolverse en el proyecto de código unitario es la de determinar si conviene aumentar la lista de causas de divorcio, o por el contrario reducirla; o suprimir algunas de esas causas y añadir otras, etcétera. Esta cuestión es sólo un aspecto de otra fundamental que es la de resolver si debe facilitarse el divorcio o por el contrario ponerle trabas.

Ahora bien, el divorcio es un mal social: ello es innegable, pero en el estado actual de nuestra sociedad no puede prescindirse de él, porque ha entrado en nuestras costumbres y porque además la solución opuesta, el matrimonio indisoluble, tiene graves defectos ya que atenta en muchas ocasiones contra la libertad y la dignidad humanas. Obligar a dos personas a mantenerse unidas por el resto de sus vidas, cuando hay entre ellas profundas dificultades y ha desaparecido todo rastro de amor para transformarse frecuentemente en odio, es propiciar mayores tragedias, pervertir a los hijos con los malos ejemplos y arruinar las vidas de todos los miembros de la familia.

Pero también la solución opuesta de hacer fácil el divorcio, es peligrosa y dañina a la sociedad y a la familia. Pues crear nuevas causales de divorcio, basadas en motivos tan vagos y desdibujados como la "incompatibilidad de caracteres" o la "extorsión moral que implique crueldad mental", contenida en el Código de Morelos o la "actitud antisocial" del Código de Oaxaca, es abrir nuevas puertas a la inestabilidad matrimonial y convertir en causas trascendentes a lo que pueden ser sólo malos humores o desajustes pasajeros en la conducta íntima del hogar.

De allí que en el proyecto proponíamos mantener la misma lista de causales que contiene el Código de 1928, desechando las contenidas en los códigos locales que hemos mencionado las que, como en el caso de Morelos y junto con su fácil legislación procesal, dieron a este Estado tan mala fama en el campo de los divorcios internacionales, que sólo pudo ceder ante el imperio de la jurisprudencia de la Suprema Corte que una y otra vez declaró ilegales y anticonstitucionales los divorcios obtenidos en los tribunales morelenses.<sup>27</sup>

En el anteproyecto del Código de Protección a la Infancia que fue redactado hace algunos años por eminentes juristas mexicanos, se estableció como una forma de frenar el divorcio y de obligar a los esposos a reflexionar sobre su decisión, en el caso de que hubiere habido hijos y en beneficio primordial de éstos, una regla dilatoria en el juicio voluntario de divorcio estableciendo que una vez celebrada la primera junta de avenencia y después de haberse tomado las medi-

<sup>27</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Compilación al tomo 2º, p. 702. Tesis de finida 379.

das provisionales, el juez decretaría de oficio la suspensión del procedimiento por el término de seis meses y que sólo hasta después de haber transcurrido dicho plazo podría reanudarse el juicio y ello siempre y cuando se comprobara que todas las medidas provisionales se cumplieron.<sup>28</sup>

Esta regla pasó al anteproyecto de Código de Guanajuato y la hemos mantenido en el proyecto, si bien reduciendo el plazo a sólo tres meses, tomando en cuenta que en nuestra opinión son muy peligrosos los largos plazos de yacencia en las situaciones jurídicas, que sólo crean inestabilidad, inseguridad e incertidumbre.

Sobre las causales de divorcio, en particular, sólo cabe hacer algunas breves consideraciones.

a) Por lo que ve al adulterio, aunque es evidente que el de la mujer es más grave que el del hombre por el escándalo social y por la posibilidad de aportar prole ilegítima a la familia, amén de que nuestras costumbres y nuestra moral exigen de la mujer una conducta más pura y limpia que la del hombre, la causal de adulterio se redacta idéntica para ambos sexos, porque *"la institución matrimonial debe representar dentro de lo posible y aparte de las naturales diferencias, una equiparación de los deberes y derechos que a ambos sexos corresponden dentro del matrimonio"*.<sup>29</sup>

b) *La negativa de los cónyuges de darse alimentos*: En el Código de 28 esta causal está condicionada a la circunstancia de que el cónyuge que tiene la necesidad alimentaria no haya podido lograr coactivamente esos alimentos mediante el ejercicio de la acción alimentaria. En el anteproyecto, se suprime la condición, de manera que la sola negativa es bastante para el divorcio, pudiendo en todo caso el cónyuge inocente obtener éste, o bien demandar sólo los alimentos, o ejercitar ambas cosas a la vez. Es en efecto absurdo el sistema de la ley actual que para poder demandar a un cónyuge el divorcio por incumplimiento de su obligación alimentaria, exige al otro que compruebe haberlo demandado inútilmente, o sea en otras palabras, haber hecho excusión de sus bienes o la insolvencia de aquél. Pero como la sola negativa de darse alimentos pudiera invocarse como causal de divorcio, con sólo que uno de los cónyuges faltare a su obligación por unos cuantos días quizá una semana, cuando posiblemente lo ha hecho por imposibilidad material, en el proyecto se añade que será causa de divorcio siempre que la negativa a darse alimentos se prolongue por más de tres meses continuos y no se deba a imposibilidad material insuperable o inimputable del cónyuge obligado.

<sup>28</sup> "Anteproyecto del Código de Protección a la Infancia".

<sup>29</sup> Ver en este sentido Cárnelutti en nuestra nota, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, núm. 43, p. 171, sobre igualdad de los esposos en el matrimonio.

c) *La enajenación mental como causa de divorcio*: En relación a esta cuestión debe tenerse en cuenta lo que dijimos al tratar de las causas de “incapacidad por enfermedad”, o sea que el campo de la demencia se ha ampliado mucho y que sólo los peritos médicos podrían determinar la definición correcta de la causal, ya que estas cuestiones caen normalmente fuera del conocimiento de los juristas. Se mantiene sin embargo en el anteproyecto como una tentativa de legislación sujeta a una opinión autorizada.

d) *La demanda injustificada de divorcio*: Esta causal es considerada por el Código Civil del Estado de México como una injuria grave que puede determinar el divorcio, pero que en cada caso deberá ser calificada por el juez; o sea que dicha causa *per se* puede no originar la disolución matrimonial, a diferencia del Código de 28 que sí le asigna tal carácter. Nos parece acertada la solución del Código del Estado de México, porque son muchos los factores, casi siempre independientes de la voluntad de las partes, los que pueden determinar que una demanda judicial fracase: deficiencia en el patrocinio judicial, forma de proponer la demanda, falla en las pruebas, etcétera. De allí que sea preferible que en cada caso particular, cuando se invoque una demanda anterior como causa de divorcio, el juez que conozca del nuevo divorcio califique lo injustificado de aquélla y si representa por tanto una injuria para el otro cónyuge, pudiendo sólo entonces ser motivo de divorcio.

e) *La causal de impotencia* se mantiene, pero de acuerdo con lo que establecen varios códigos locales, se aclara que para originar el divorcio dicha impotencia no debe ser consecuencia de la edad.

Por lo que toca a las diversas causales fundadas en la conducta inmoral de uno de los cónyuges, como son las que se refieren: a la propuesta del marido para prostituir a su mujer; a la incitación o la violencia de un cónyuge para con el otro, para cometer algún delito y por último el cometer un cónyuge contra la persona y bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, dichas causales caben dentro de una fórmula general de redacción, que es la que se propone en el anteproyecto.

En cuanto a la causal prevista en la fracción IX del artículo 267 del Código civil, que establece como tal “la separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio”, en el anteproyecto de Guanajuato se suprimió por considerar, a nuestro juicio con razón, que es indebido dar acción al cónyuge culpable para demandar el divorcio, violando el principio según el cual nadie puede aprovecharse de su dolo o de su culpa. Este mismo criterio ha sido aceptado en el anteproyecto en el cual, por tanto, se suprimió esta causal de divorcio.



## 16. El parentesco

La posición que una persona guarda en la familia constituye la relación parental. El parentesco es la relación o conexión que hay entre personas unidas por los vínculos de la sangre, o sean aquellas que descienden una de otra: padres, hijos, nietos (lo que constituye la línea recta); o aquellas que sin descender una de otra proceden de una misma raíz o tronco: hermanos, tíos, sobrinos, primos y colaterales en general (lo que constituye la línea colateral).

Además de este parentesco, que es el llamado consanguíneo, existe el parentesco por afinidad que es el que contrae por el matrimonio (y en los códigos de 70 y de 84 por mera *cópula ilícita*) entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

Por último encontramos el parentesco civil, resultante de la adopción, no regulado en los códigos del 70 y del 84 según ya dijimos antes, sino sólo a partir de la Ley de Relaciones Familiares y posteriormente en el de 28, si bien de manera limitada. En efecto en este ordenamiento el parentesco derivado de la adopción sólo existe entre adoptante y adoptado, sin embargo de que como veremos después, en las legislaciones europeas más modernas, la adopción ha tenido un gran desarrollo y en la especie de adopción que se llama *adopción plena o legitimación adoptiva*, el parentesco que por ella nace es tan amplio como lo es el consanguíneo y no está por tanto limitado sólo a adoptante y a adoptado.

Dentro del parentesco y antes de estudiar en detalle sus distintas fuentes, la ley establece las reglas generales sobre grados de parentesco, líneas del mismo y forma de determinar dichos grados. Las reglas al respecto que vienen inalterables desde el Derecho romano tienen tal alcance universal y se hallan tan de acuerdo con la naturaleza de las cosas que no pueden menos que ser reproducidas. Sí es importante hacer notar en esta advertencia previa al parentesco, algunas de las reformas que se proponen en el proyecto y que son las siguientes:

Por lo que hace a la filiación o sea al hecho del que deriva el parentesco por consanguinidad, se propone una transformación radical de las normas sobre filiación para poner el proyecto de acuerdo con la evolución que en esta materia se advierte y para seguir la pauta de los ordenamientos más modernos, que como el Código etíope de 1960, regula la filiación como un solo hecho sea que se produzca dentro o fuera del matrimonio, y obedeciendo en cuanto a sus presunciones, a las acciones de reclamación o contradictorias a que da lugar, etcétera, a los mismos principios.

Consecuencia de ello es también la supresión del instituto de la legitimación, según explicaremos más adelante.

En cuanto al parentesco de afinidad, éste se extiende al caso de concubinato,

e sea que se restablece la tradición de los códigos de 70 y de 84 que según acabamos de expresar admiten que dicho parentesco nace aún en el caso de mera cópula ilícita, solución ésta no aceptada por el Código de 28, un poco contradictoriamente con los principios generales socializantes que lo sustentan, ya que en este último Código el parentesco de afinidad sólo surge a consecuencia del matrimonio.

En cuanto al problema de si el parentesco por afinidad se extingue en caso de disolución del matrimonio, como lo ordena la tradición romana, debe tenerse en cuenta el profundo contenido moral de la solución canónica "para la que la afinidad debe subsistir a fin de impedir un nuevo matrimonio cuando pretendan contraerlo quienes han sido afines en la línea recta, ascendente o descendente". Por tanto y de acuerdo con este criterio más moral se establece en nuestro anteproyecto como impedimento del matrimonio, el hecho de que haya existido una anterior liga de afinidad entre quienes pretenden contraerlo. Como donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición, el impedimento subsiste para aquellos afines que lo hayan sido únicamente por concubinato. Se considera que el uso de este término que representa una vida marital de cierta permanencia, es preferible al empleo de la fórmula establecida por los códigos de 70 y de 84, porque al hablar éstos de "cópula ilícita" parecen referirse únicamente a una unión pasajera y predominantemente sexual.

En base, pues, a las anteriores consideraciones se ha redactado el texto del anteproyecto, buscando sobre todo en esta materia hacer de la ley civil una ley más liberal y más moderna, para que se ajuste a la realidad social de nuestros días.

## 17. La filiación

### *Disposiciones generales*

Uno de los aspectos más importantes de la transformación operada en el Derecho civil contemporáneo es la evolución de la legislación sobre la filiación y en particular sobre la filiación natural, en el sentido de equiparar de manera radical a los hijos nacidos fuera de matrimonio con los legítimos, con la mira de hacer del código civil del futuro, sobre todo en esta materia, un ejemplo de liberalidad y de trato justo e igual para todos, respetando la dignidad de la persona humana.

Que es éste uno de los problemas más apremiantes del Derecho civil moderno, lo revela el hecho de que uno de los tres temas de Derecho civil que fueron escogidos para tratarse en el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado

para 1966, lo constituyó precisamente el estudio de la "*Evolución de la legislación sobre filiación natural*".<sup>30</sup>

Esta evolución, según puede verse en el ejemplo que presenta uno de los códigos civiles más recientes como es el Código civil de Etiopía de 1960, se basa en la asimilación para los efectos legislativos, de ambas especies de filiación, la *legítima* o surgida del matrimonio y la *natural* o derivada de relaciones extramatrimoniales. En efecto, la nueva tendencia legislativa sobre filiación ve como un solo hecho el acto de la concepción, se produzca dentro o fuera del matrimonio, estableciendo por tanto las mismas reglas sobre presunción de paternidad, investigación de la misma, acciones de contradicción o reclamación, etcétera. Únicamente se distinguen, por ser físicamente diversas, la paternidad de la maternidad, y sus reglas correspondientes, pero, repetimos, en ambos casos son las mismas, deriven o no de matrimonio.

Fundándonos en este criterio, que nos parece además de revolucionario, justo, examinaremos en el proyecto las cuestiones que surgen sobre la filiación y que pueden ser de dos clases: o bien reclamación de una filiación de que se carece, o bien desconocimiento de una filiación que a alguien se le atribuye.

En esa virtud el articulado que proponemos contiene como subtítulos, además de las "Disposiciones generales", lo referente a la determinación de los progenitores, las presunciones de paternidad, reconocimiento voluntario de la paternidad o de la maternidad, desconocimiento de la paternidad, etcétera.

### 18. *La legitimación*

Por lo que respecta al instituto de la legitimación el proyecto, tomando en cuenta la necesidad de dar un paso definitivo en la igualación de los hijos, ha considerado prudente proponer la supresión de ese instituto, considerando que el mismo es sólo una rémora del pasado que no se compagina con las ideas modernas que establecen de manera absoluta la igualdad de los hijos, sea que éstos hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Ello no significa en forma alguna un ataque a la institución matrimonial, pues debemos reiterar una vez más la convicción de que el matrimonio es la más elevada y respetable fuente de la familia que debe contar con todo el apoyo de la ley; pero su presencia o su ausencia sólo debe afectar a las personas de los cónyuges y de ninguna manera a los hijos que no pueden considerarse responsables de que los padres vivan en unión libre y sin haber contraído matrimonio. Mantener la legitimación equivale a considerar lo contrario, es decir a admitir que un hijo mientras no es "legítimo"

<sup>30</sup> *Boletín*, núm. 53, p. 167.

y tiene el carácter de hijo "natural", conforme a la denominación tradicional, se encuentra en un segundo plano respecto de los hijos llamados legítimos; es admitir o sostener que al contraer sus padres matrimonio y "legitimarlo" alcanza por este solo hecho un rango mayor, lo que no es verdad pues el hijo tiene dignidad de persona por el solo hecho de su nacimiento y los únicos que sí alcanzan mayor dignidad por casarse son los padres, que dejan de ser amasios para convertirse en esposos. Los hijos, desde que fueron traídos al mundo y aunque hubieren nacido de unión no matrimonial, merecen como se dice antes la consideración y el respeto a que tiene derecho toda persona y los mismos derechos que los mal llamados hijos legítimos, y no debe admitirse que la consideración social que merecen pueda aumentar o disminuir según que sus padres estén o no casados. En consecuencia, hay que llevar adelante con radicalismo el principio revolucionario de la igualdad absoluta de los hijos frente a la ley y concluir con instituciones que, como la legitimación, no tienen razón de ser en los códigos modernos.

### 19. La adopción

A consecuencia de la segunda Guerra Mundial que acabó con miles de hogares y dejó en la orfandad a muchos menores, se ha visto en Europa adquirir una importancia considerable al instituto de la adopción que ha venido a ser un paliativo para la situación de desamparo en que quedaron muchos seres. De allí que la mayoría de las legislaciones extranjeras han ampliado el ámbito de la adopción extendiendo la relación parental derivada de ella, no sólo al adoptante y al adoptado, sino a los parientes de uno y otro y lo que es más importante, perfilando la llamada *adopción plena o legitimación adoptiva*, que equipara el acto de adopción con el parentesco natural.<sup>31</sup>

En el derecho mexicano, no se legisó sobre la adopción sino hasta la Ley de Relaciones Familiares de 1917, pues los códigos de 70 y de 84 no regularon esta institución, pero la misma ha matenido un papel secundario en la organización familiar de nuestro país. Limitada en el texto original del Código de 28 a las personas mayores de 40 años como adoptantes, se modificó esta edad y se permitió adoptar a los mayores de 30 años por Decreto de 28 de febrero de 1938, si bien muchos de los códigos del país siguen fijando como edad mínima para adoptar la de 40 años. Es además requisito que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado, que aquel no tenga descendientes y que la adopción se

<sup>31</sup> Ver informe sobre el movimiento de adopción en el mundo, realizado a solicitud del Instituto de Derecho Comparado de París, en particular el estupendo ensayo de "Síntesis comparativa" de Marc Ancel, que constituye la primera parte de la referida comunicación.

haga por acto judicial en el que se compruebe que es benéfica para los intereses del adoptado, y después de contar con el consentimiento de éste si tiene más de 14 años o el de su padre natural, tutor o del Ministerio Público.

Los efectos de la adopción son los de que el padre adoptante tenga respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que se derivan de la patria potestad respecto de la persona y bienes de los hijos, pero como según hemos dicho la ley mexicana no reconoce la adopción plena, se establece que la adopción no hace extinguir los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, con excepción de la patria potestad que se transfiere al padre adoptivo.

Igualmente y como ya hemos dicho, en nuestro derecho la adopción no hace surgir relación de parentesco sino entre adoptante y adoptado y no así como sucede en otras legislaciones, entre los parientes de uno y otro. Sin embargo la adopción sí constituye impedimento de matrimonio entre el adoptante y el adoptado o sus descendientes, en tanto dure el lazo jurídico resultante de la adopción.

La adopción es susceptible de ser revocada sea por convenio de las partes, sea en los casos de ingratitud del adoptado. Esta ingratitud existirá cuando el adoptado comete algún delito contra el adoptante o cercanos parientes de éste; cuando acusa al adoptante de haber cometido algún delito, aunque ello sea cierto y cuando el adoptado se niega a dar alimentos al adoptante que haya caído en el estado de pobreza.

Además de esta clase de adopción limitada a las personas de adoptante y adoptado, se regula en el proyecto la *adopción plena o legitimación adoptiva* siguiendo la redacción sugerida por el licenciado Néstor de Buen en la comisión de Guanajuato, el que a su vez se inspiró en algunas leyes extranjeras y en el Anteproyecto de Código de Protección a la Infancia que hemos venido citando; todo ello de acuerdo con el articulado que se contiene en el capítulo correspondiente del anteproyecto.

## 20. La obligación alimentaria

Después de establecer los vínculos de parentesco o matrimonio, que, al ligar a ciertas personas entre sí las engloba dentro de la familia, el Código debe regular la consecuencia pecuniaria que de tales vínculos se desprende y que es la obligación alimentaria que unos parientes tienen respecto de otros, así como los cónyuges entre sí. Esa obligación consiste en atender a la subsistencia, vivienda y educación de los que por su edad o condiciones no están en posibilidad de bastarse por sí propios.

La obligación alimentaria gira en el Derecho positivo mexicano alrededor de dos ejes fundamentales que son: la necesidad de quien debe recibir los alimentos y la posibilidad correspondiente en quien ha de prestarlos. Estos supuestos determinan la flexibilidad de la obligación alimentaria que varía en consecuencia, sin que pueda sujetarse a bases prefijadas, ya que está condicionada a la mayor o menor necesidad del acreedor alimentario y a la mayor o menor posibilidad del deudor. El otro principio es la reciprocidad de la obligación: el que da alimentos tiene a su vez, el derecho de pedirlos. La ley enumera quiénes tienen obligación de dar alimentos: ellos son, los cónyuges entre sí, ya que desde el Código de 1928 el marido enfermo o imposibilitado para trabajar, tiene derecho a que su mujer cubra sus gastos alimentarios. Los ascendientes y los descendientes en todos los grados de la línea recta. Los colaterales, hasta el cuarto grado, o sean los hermanos o primos, menores o incapacitados. En este caso, la obligación recae fundamentalmente sobre los hermanos germanos y sólo subsidiariamente en los hermanos consanguíneos y en los uterinos. Por último el adoptante y el adoptado tienen entre sí esa obligación recíproca, como si se tratara de parientes consanguíneos.

En la ley mexicana, a diferencia de lo que sucede en ciertos Derechos extranjeros, los parientes por afinidad no tienen obligación alimentaria alguna; tampoco establece el Código de 28, aunque sí algunos códigos locales como los de los Estados de Morelos, Sonora y Chiapas,<sup>32</sup> la obligación alimentaria entre los concubinos. No se trata aquí, en nuestra opinión, de una omisión de la ley, sino de la tendencia adoptada por ésta y a la que ya nos hemos referido repetidamente, de no conceder demasiados derechos a los concubinos para no fortalecer el amasiato, en tal forma que se produzca una correlativa debilitación de la institución matrimonial.

En caso de divorcio voluntario, tampoco tienen derecho los cónyuges a pensión alimenticia, salvo pacto en contrario; pero sí en el contencioso, mientras la mujer no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente, y si se trata del marido cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios.

Las anteriores reglas sobre la obligación de prestar alimentos se mantienen en términos generales en el proyecto, con sólo las siguientes modificaciones: desde luego y siguiendo el criterio que lo ha inspirado, hemos procurado mejorar la sistemática de la institución, mediante una distribución más lógica de las distintas normas, agrupando las que corresponden a los principios básicos y a la naturaleza de los alimentos, primero; después, las personas obligadas a prestarlos y las que tienen derecho a recibirlos; la forma de cumplimiento de la obligación y las personas que tienen la legitimación activa para el ejercicio de la acción

<sup>32</sup> C. Morelos, art. 403, C. Sonora, art. 467, C. Chiapas, art. 298.

judicial en caso de incumplimiento; la forma de garantía y las causas de extinción de la obligación alimentaria.

Aunque el derecho a recibir alimentos no puede ser objeto de transacción, sí lo pueden ser los alimentos caídos. Esta norma, que actualmente se encuentra colocada en el capítulo de la transacción, se incorpora a la obligación alimentaria por ser éste su lugar propio.

El artículo 322 del Código de 28, que trata de la obligación del marido de pagar las deudas que su mujer contraiga para alimentos de ella y de sus hijos, lo hemos pasado por el contrario al título del matrimonio y al capítulo de los derechos y obligaciones de los cónyuges, pareciéndonos que este es el mejor lugar para insertarlo; y de acuerdo con la tendencia moderna de equiparar en todo lo que sea posible los derechos y obligaciones de ambos cónyuges dentro del matrimonio, lo hemos redactado en forma tal, que el mismo derecho se concede al esposo, cuando éste se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de bienes propios.

Por último proponemos la supresión del artículo 323 del Código de 28 por innecesario, ya que basta la regla general de que los esposos deben darse alimentos, contenida expresamente en el código, para que la mujer tenga los derechos que le concede ese art. 323, que es por tanto una repetición, pues es obvio que la mujer abandonada por el marido tiene derecho a que éste le pase los alimentos desde que la abandonó.

Expuestos así, de manera tan somera y superficial, las consideraciones generales que han motivado el anteproyecto en sus distintos aspectos, a continuación se ofrece el índice completo y detallado del mismo: