

# Unidad 12

---

- Atributos de las personas físicas

*“Los atributos de la persona física son un conjunto de caracteres a ella inherentes y cuya razón de ser es precisamente alcanzar con ellos realidad, funcionalidad y eficacia jurídicas en la personalidad de los sujetos”.*

# LOS ATRIBUTOS DE LAS PERSONAS FISICAS

## I. CONCEPTO Y ENUMERACIÓN

El estudio de la personalidad jurídica de las personas físicas (y también de las morales como veremos), no se limita a observar y comentar el contorno y esquema aludido en incisos de capítulos anteriores respecto de los seres humanos como sujetos de Derecho; debemos adentrarnos en el contenido de esa personalidad, compuesto por sus atributos y hemos de referirnos a cada uno de éstos.

Ciertamente, si bien la personalidad es esa aptitud para ser sujeto de situaciones y relaciones jurídicas, aptitud que respecto de las personas físicas se tiene por el mero hecho de tratarse de un ser humano con su desplazamiento desde su concepción hasta su muerte, ello no comprende la sustancia misma de la personalidad; se compone por sus atributos, que son un conjunto de caracteres a ella inherentes y cuya razón de ser es precisamente alcanzar con ellos realidad, funcionalidad y eficacia jurídicas en la personalidad de los sujetos.

Estos atributos son la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad; la participación de todos ellos en la personalidad de un ser humano es constante e invariable y precisamente su conjunto da la plenitud que se observa en dicha personalidad.

En el mismo orden de ideas, a reserva de comentar poco más adelante cada uno de los atributos indicados, adelantemos por ahora lo siguiente: la capacidad implica especialmente la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones; el estado civil se traduce en la situación jurídica de una persona frente a los miembros de su familia; el patrimonio es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de un sujeto apreciables en dinero; el nombre es el medio natural por el que un sujeto es individualizado y lo distingue de todos los demás; el domicilio sitúa legalmente a una persona física en una circunscripción territorial determinada ligada a ella para todos los efectos jurídicos, de tal modo que en principio, las autoridades judiciales de ese lugar son las competentes para conocer de los asuntos en los que la persona es llamada a juicio y la nacionalidad por último, relaciona al individuo con un Estado soberano del que aquél será nacional y lo hará ser extranjero en principio respecto de cualquier otro. Este último atributo se estudia en Derecho Internacional Privado.

Así pues, no puede concebirse, ciertamente, una persona física sin su posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, que carezca de familia y de patrimonio, que no tenga un lugar de asiento y si bien pudiera carecer de un nombre expreso al principio de su vida, no podrá ser hijo más que de un padre y una madre y ocupar un sólo lugar en el orden de procreación de sus padres; así, estará

individualizado desde su concepción. Por lo que se refiere a la nacionalidad, ésta se tendrá siempre a consecuencia del nacimiento; si se pierde sin adquirir otra, y por ello se esté en el supuesto de la apatridia, de cualquier modo ello implica una situación entre la persona y los Estados respecto de los cuales deba observarse su *status* político.

## II. LA CAPACIDAD

### 1. Definición de capacidad en general

El primer atributo de la personalidad es la capacidad. En su sentido amplio, es decir, por capacidad en general, entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio. El concepto anterior nos invita a las consideraciones siguientes:

*Primera:* La capacidad da por supuesta la personalidad jurídica, es decir, ésta es, como apuntábamos, la aptitud para ser sujeto titular de derechos y obligaciones, en tanto que la capacidad es, en principio, la aptitud ya del sujeto. Ambos conceptos han sido objeto de confusión, pues hay opiniones razonadas de considerarlos una misma institución jurídica.

*Segunda:* Según el concepto vertido sobre capacidad, ésta comprende dos especies; una substancial o de fondo, la cual implica la posibilidad de la titularidad apuntada y a la que suele denominarse *capacidad jurídica* y más frecuentemente en nuestro medio *capacidad de goce*, así denominada por nosotros de aquí en adelante; la otra, por su parte que es *adjetiva*, procedimental y cuya dinámica tiene lugar mediante el otorgamiento de actos jurídicos; se trata de la *capacidad de obrar* y más conocida entre nosotros como *capacidad de ejercicio*.

*Tercera:* A su vez, la capacidad de ejercicio da lugar a dos posibilidades, la de ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones por una parte y la de intervenir en juicio personalmente por la otra.

## **2. Especies de capacidad**

Como indicábamos en el apartado precedente, del concepto de capacidad se desprenden dos especies de la misma; la capacidad jurídica o capacidad de goce, que es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio, esto es, la aptitud del sujeto para ejercitar sus derechos y contraer y cumplir obligaciones en forma personal así como par, comparecer en juicio por derecho propio.

La capacidad de goce, como la personalidad jurídica, se tiene desde la concepción y se pierde por la muerte; es ciertamente paralela y consecuencia necesaria de la personalidad jurídica misma a grado tal, que como decíamos, suelen considerárseles uno solo y el mismo concepto; no obstante, hay diferencias entre una y otra.

La capacidad de ejercicio, en cambio, se va alcanzando gradualmente en su madurez mental; se parte más bien de una plena incapacidad de ejercicio hasta una cabal capacidad de ejercicio, sin más limitaciones que las establecidas por la ley al efecto.

De ambas capacidades, la de goce y la de ejercicio, la primera prevalece en importancia, pues ésta condiciona a la segunda, y al contrario, es decir, puede haber y de hecho la hay, capacidad de goce sin capacidad de ejercicio, pues pueden tenerse ciertos derechos y carecer de la posibilidad legal de celebrar actos jurídicos para ejercitarlos; pueden igualmente contraerse obligaciones mediante la celebración de los actos jurídicos que den lugar a ello sin estar en condiciones legales de hacerlo personalmente; resulta un disparate en cambio pensar en los supuestos contrarios, esto es, concebir la idea de ejercitar personalmente o por medio de representante una serie de derechos sin tenerse éstos, o en su caso, de contraer directamente o a través de representante una serie de obligaciones sin que puedan llegar a asumirse.

Así pues, puede tenerse capacidad de goce sin contar con capacidad de ejercicio, pero no puede tenerse capacidad de ejercicio sin tener capacidad de goce. Un inmueble, por ejemplo, puede pertenecer a un menor (manifestación de capacidad de goce), pero su propietario, es decir, el menor de la ilustración no puede venderlo, hipotecarlo o darlo en arrendamiento, mediante la celebración personal del acto jurídico correspondiente (manifestación de incapacidad de ejercicio). Además, de ser por el contrario un mayor de edad, al poder éste celebrar el acto por sí (capacidad de ejercicio) ello supone que es su propietario (capacidad de goce).

### **3. La capacidad de goce**

#### **A) Concepto**

Insistimos en que la capacidad de goce es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. Ésta la tiene el ser humano desde su concepción por el mero hecho de serlo, es decir, es consubstancial al hombre; no puede concebirse la personalidad jurídica sin la capacidad de goce.

#### **B) La capacidad de goce y los otros atributos**

Algunos párrafos atrás veíamos que la capacidad de goce condiciona a la de ejercicio; para tener ésta en cuenta, debe darse aquella por supuesta; pues bien, los demás atributos de las personas físicas son explicables también solo en función de la capacidad de goce; ello nos autoriza a considerarla como el atributo de más importancia, a grado tal que llega a ser confundida con la personalidad jurídica misma.

En efecto, las relaciones y situaciones jurídicas que el estado civil trae aparejadas, sólo pueden así conceptuarse si se consideran condicionadas a la posibilidad de los sujetos de ser titulares de aquéllas, pues si se careciere de capacidad de goce no se concebirían respecto de ellos derechos y obligaciones que son el contenido de tales relaciones y situaciones. Lo mismo puede decirse del nombre y del domicilio en su caso; el primero permite individualizar a la persona física pero con el principalísimo objeto de tener identificado a quien es titular de los derechos y obligaciones que la capacidad admite adquirir; el domicilio por otra parte, vincula a la persona a la jurisdicción de una autoridad pero siempre en función de todas las relaciones jurídicas comprendidas en su capacidad de goce y precisamente para definir los alcances de éstas.

El patrimonio y la nacionalidad implican una serie de derechos y obligaciones de la titularidad de alguien, basada en la capacidad de goce que se ostente.

Así pues, como se desprende de nuestros comentarios anteriores, la capacidad de goce condiciona a los demás atributos de la personalidad.

### **C) La capacidad de goce y la personalidad jurídica**

Es tan estrecha la relación habida entre la personalidad jurídica y la capacidad de goce, que hay quienes las consideran como una misma institución, pues se refieren a ambas formulas como sinónimos.

"Capacidad -afirma CASTÁN TOBEÑAS- es sinónimo de personalidad pues implica aptitud para derechos y obligaciones, o, lo que es igual, para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas."

"Pero esta aptitud en que consiste la personalidad o capacidad jurídica se despliega en dos manifestaciones: aptitud del sujeto para la mera *tenencia* y goce de los derechos, y aptitud para *el ejercicio* de los mismos y para concluir actos jurídicos. La primera de ellas se acostumbra designar con la simple denominación de *personalidad, capacidad de derecho o capacidad de goce*. La segunda, se denomina *capacidad de obrar o capacidad de ejercicio*."

"En relación con la persona física --indica DE PINA- se hace referencia a su personalidad, o sea, a su aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Considérese, pues, la personalidad como capacidad jurídica.

De las consideraciones que ALBALADEJO, BARBERO, TRABUCCHI, GALINDO GARFIAS y MONTERO DUHALT hacen al respecto, ya citadas las del primero de dichos autores (supra p. 130), se desprenden las diferencias observables entre personalidad jurídica y capacidad de goce.

"La '*personalidad de orden jurídico*' o '*personalidad jurídica*' -expresa BARBERO- no es más que una calificación formal, necesaria o libre -necesaria para el hombre, libre en los demás casos- por efecto de la cual un ente se considera '*sujeto de derecho*'"

"II. Conexo, pero no sinónimo, es el concepto ya encontrado de capacidad. El cual:"

"a) COMO '*CAPACIDAD JURÍDICA*' denota la *medida de la idoneidad del sujeto para ser titular de las relaciones jurídicas*;"

"b) COMO '*CAPACIDAD DE ACTUAR*', la *medida de la idoneidad para determinar por acto propio modificaciones activas o pasivas en la propia esfera de relaciones jurídicas*, es decir, para adquirir, modificar o perder la titularidad de las relaciones."

"III. Mientras todos ponen de relieve la distinción, clara, por lo demás, entre las dos '*capacidades*', no se advierte igualmente, o no siempre se aprecia exactamente, la distinción entre '*personalidad*' y '*capacidad jurídica*', tendiéndose a hacer de esta última

el contenido o el límite de la misma 'personalidad'."

"Pero la distinción se impone. Basta pensar que la 'personalidad' es un *quid* simple, mientras, la 'capacidad' es un *quantum* y, por tanto, susceptible de medición por grados. Se puede ser, como 'persona', más o menos 'capaz': no se puede ser más o menos 'persona'. Persona se es o no se es: totalmente, radicalmente. De manera que a propósito de las 'personas jurídicas' (*infra*), dicho sea aquí *per incidens*, quien ha distinguido entre una personalidad plena y una personalidad limitada o atenuada, está atrapado en esa confusión, tomando la '*personalidad del ente*' por la '*capacidad de la persona*' (o por la '*autonomía patrimonial*')."

"Para una más clara distinción entre los dos conceptos de personalidad y capacidad jurídica -sugiere TRABUCCHI tener en cuenta: la personalidad -como sinónimo de subjetividad- es la abstracta idoneidad para devenir en titular de relaciones jurídicas: es la titularidad potencial de una serie indeterminada de relaciones. La *capacidad jurídica*, en cambio, es la medida de tal idoneidad que delimita los contornos de la personalidad (razón por la que, por ejemplo, la capacidad jurídica de los entes morales es más limitada que la de las personas físicas)."

"Los conceptos de personalidad y de capacidad de goce -subraya GALINDO y GARFIAS- no significan lo mismo aunque se relacionan entre sí. La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad *abstracta*, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse."

"La capacidad alude a situaciones jurídicas *concretas* (para celebrar tal o cual contrato, para contraer matrimonio, con determinada persona, para adquirir este o aquel bien mueble o inmueble, etc.). De tal manera que sin mengua de su personalidad, una persona puede carecer de capacidad para adquirir un bien determinado. Si es por ejemplo, mandatario del vendedor."

"La personalidad es *única indivisa y abstracta*. La capacidad de goce es *múltiple, diversificada y concreta*."

"En tanto que el Derecho es impotente para crear a los seres humanos, es decir a las personas físicas, puede construir y ha construido un dispositivo o instrumento que se denomina *personalidad*, a través de la cual, las personas físicas y las personas morales, jurídicas o colectivas, pueden actuar en el tráfico jurídico (comprando, vendiendo, tomando en arrendamiento, adquiriendo bienes, etc.) como sujetos de las relaciones jurídicas concretas y determinadas."

"Surge entonces otro problema distinto: quiénes son personas en Derecho, o mejor, quiénes tienen personalidad jurídica."

"A la primera de las definiciones que hemos dejado anotadas --comenta MONTERO DUHALT- o sea la correspondiente a la capacidad de derecho, se le

confunde con frecuencia con el concepto de personalidad. No son pocos los autores que identifican ambas nociones. Sin embargo, por motivos de rigor científico, deben distinguirse entre sí, con toda pulcritud, los dos conceptos."

"Insistiendo en el punto, puede decirse que si bien la capacidad presupone la personalidad y ésta, a su vez, tiene como característica esencial a la capacidad, no por ello deben ser confundidas una y otra. La personalidad es una categoría del derecho. La capacidad es una cualidad esencial de la personalidad. La personalidad es genérica, es unívoca, es absoluta. Se tiene personalidad, se es persona. O se carece de personalidad, no se es sujeto de derecho."

"La capacidad, en cambio, es de carácter restringido. Admite graduaciones. Quien es persona, quien es ente jurídico, tiene potencialmente la aptitud de asumir todas las capacidades; pero como éstas se otorgan en razón de ciertos y determinados supuestos normativos, en ningún individuo se darán todos los supuestos necesarios para gozar de todos los derechos posibles, que son múltiples -públicos, privados, políticos, civiles, de familia, reales, de sucesiones, de obligaciones sin fin- y en buen número de ocasiones excluyentes unos de otros."

Con apoyo en lo relacionado inmediatamente antes, podemos concluir que ciertamente la personalidad jurídica y la capacidad de goce son instituciones diversas; la primera es un concepto jurídico fundamental, inmutable, único, cuyo contenido no ha variado ni variará independientemente del orden jurídico en el que sea analizado. *Personalidad jurídica* siempre y en todo lugar ha significado lo mismo; no tiene por que variar en el futuro, independientemente inclusive de que variaren las fórmulas con las que quisiera señalarse y distinguirse aquélla. Además, no es susceptible de graduación o medida como si un sujeto tuviera más o menos personalidad, como si fuera más o menos persona, supuesto este inadmisibles, porque según veíamos, si se tiene personalidad se es persona y al contrario, si no se tiene personalidad no se es persona. Asimismo, si se es persona se tiene personalidad y si no se es persona no hay personalidad alguna para tomar en cuenta.

La capacidad de goce, en cambio, si como es cierto, también participa invariablemente en la composición jurídica de la persona física desde la concepción de ésta, puede ser y es, por el contrario de la personalidad jurídica, objeto de graduaciones; se tiene más o menos capacidad de goce; alguien puede ser capaz en determinadas circunstancias y otra persona no serlo. Piénsese por ejemplo que de conformidad con la fracción I del artículo 27 constitucional, los extranjeros no pueden adquirir *por ningún motivo* el dominio directo de tierras y aguas en una faja del territorio nacional de 100 kilómetros a partir de las fronteras y de 50 kilómetros a partir de las costas; precisamente por ello, los extranjeros son incapaces de goce para esa adquisición; no están en aptitud de ser titulares de los derechos y obligaciones inherentes al derecho de propiedad sobre inmuebles en las zonas indicadas.

Por lo demás y como podrá ser fácilmente observado, la capacidad de goce se mide en atención a los derechos y obligaciones de los que el sujeto pueda ser titular.

## **D) Diversos grados de capacidad de goce**

La capacidad de goce en sus diversas manifestaciones, comentábamos, admite ser objeto de una graduación; ciertamente decíamos, hay varios grados de ella, pues un sujeto puede crecer de esa capacidad para determinadas situaciones jurídicas no obstante el principio general según el cual el ser humano por naturaleza y hasta esencia, tiene desde su concepción aunque sea un mínimo de capacidad de goce, lo que a su vez implica su personalidad.

Los párrafos siguientes serán destinados a establecer una relación de la situación en la que diversas personas, por razones de edad, nacionalidad, salud o enajenación mental u otros motivos, tienen una capacidad de goce con más o menos posibles titularidades de derechos. Esa enumeración no agota los supuestos que pudieran plantearse a propósito del tema comentado, pues pretender ello haría caer en un pormenor probablemente estéril por la considerable dificultad de contemplar cuanto supuesto pudiera darse. Así nos referiremos a la capacidad de goce del concebido, a la del menor de edad, a la del enajenado mental, a la del extranjero y a la capacidad para heredar.

### *a) El concebido*

Con anterioridad nos hemos referido a los derechos de contenido patrimonial de los que un concebido puede ser titular; indicamos entonces que conforme a los artículos 1314, 1391 y 2357 del Código Civil, el *nasciturus* puede ser heredero, legatario y donatario; ello implica la adquisición de una serie de derechos reales y de crédito que en su caso estarán también en el patrimonio del titular, todo sujeto a la condición resolutoria negativa consistente en que no nazca viable.

Así, por herencia, legado y donación, el *nasciturus* podrá ser propietario, usufructuario, usuario y habituario; podrá ser titular de una servidumbre al ser propietario, por los títulos señalados, de un predio dominante; podrá, como dijimos, heredar o adquirir por legado, ser titular de un derecho de crédito, garantizado inclusive con hipoteca o prenda; es más, su capacidad de goce abarcará los derechos subjetivos necesarios para acudir a tribunales en defensa y preservación de sus intereses.

Habíamos señalado también y ahora lo reiteramos, que el concebido tiene el derecho a ser reconocido, porque ese derecho se lo otorga el artículo 364 del Código Civil.

"Determinados respectivamente el principio y el fin de la personalidad individual -anota ROJINA VILLEGAS- nos referiremos a los grados de la capacidad de goce que

pueden tener las personas físicas:"

"A) El grado mínimo de capacidad de goce existe, según lo hemos explicado, en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en nuestro Código de que nazca vivo y sea presentado al Registro civil viva dentro de las 24 horas.

Esta forma mínima, de capacidad de goce permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales, es decir, derecho de heredar, de recibir en legados o de recibir en donación; también es la base para determinar su condición jurídica de hijo legítimo o natural. No puede tener otra clase de derechos porque su misma naturaleza se la impide; pero dada esta posibilidad de heredar o de recibir en donaciones, tenemos la base patrimonial firme para que se puedan operar diversas consecuencias jurídicas. Desde luego, este ser tiene el derecho de propiedad, sujeto a esa condición resolutoria que puede destruir su derecho, si no nace con los requisitos legales. Teniendo el derecho de propiedad, podremos plantear la cuestión de si puede tener otros derechos reales relacionados con el dominio. Evidentemente que en la herencia a donación así como en el legado, se le puede transmitir no sólo el derecho de propiedad sino los demás derechos reales, por ejemplo, el usufructo de bienes, el derecho de uso o de habitación. Hay derechos reales que suponen la existencia previa de ciertos bienes en el patrimonio del titular, por ejemplo, las servidumbres. Para que se reconozca la servidumbre se debe ser propietario del predio que se llama dominante en cuyo favor se establece; por consiguiente, el ser concebido pero no nacido, no puede adquirir el derecho real de servidumbre, por que no tiene otros bienes. Podrá adquirir en donación o en herencia, pero predios que tengan ya una servidumbre; mas no podrá adquirir este derecho por constitución directa, por carecer de bienes."

"También puede adquirir los derechos reales de garantía, por ejemplo, hipoteca, prenda, anticresis, y estos derechos le otorgan la posibilidad de ser acreedor y, además, tener una garantía real para el pago de su crédito. Por herencia, legado o donación, el ser concebido puede adquirir derechos personales, o sea, derechos de crédito; por lo tanto, se convierte en acreedor para todos los efectos legales, pero también la existencia de sus créditos queda subordinada a la condición resolutoria que hemos mencionado para que no se aniquile su personalidad. La esfera jurídica, por lo tanto, del ser concebido es de índole patrimonial exclusivamente, pero también se extiende a los derechos de acción y a las garantías individuales incluyendo el derecho de pedir amparo, en la medida estrictamente necesaria para proteger sus derechos patrimoniales."

"Dentro del *status* de la persona debemos diferenciar la esfera patrimonial y la esfera no patrimonial. La esfera patrimonial está integrada por derechos de crédito o personales y por derechos reales, es decir, por facultades apreciables en dinero, de manera directa o indirecta, pero siempre susceptibles de estimación pecuniaria. La esfera no patrimonial de la persona está integrada por los derechos subjetivos que no son valorizables en dinero. Aquí entran los derechos públicos subjetivos, que son los derechos políticos, propios del ciudadano, derechos de acción, los derechos de petición, las garantías individuales y también derechos privados subjetivos, como son los derechos de potestad (tanto los de patria potestad como de potestad marital, en los

sistemas que la admiten) y los derechos del estado civil. Esta esfera no patrimonial que en el ser nacido, menor o mayor de edad, viene a asumirse a la esfera patrimonial, no existe en el embrión humano; por ello representa la manifestación mínima de la capacidad de goce. Podemos decir que respecto a sus derechos del estado civil derivados del parentesco y especialmente los inherentes a su calidad de hijo, existe también un reconocimiento sujeto a la condición resolutoria que ya hemos precisado pero con la diferencia de que no pueden ejercitarse, en tanto que los derechos patrimoniales del feto si pueden hacerse valer desde luego."

Ahora bien, es conveniente dejar asentado con toda claridad, que el concebido podrá ser titular sólo de los derechos establecidos expresamente en la ley a su favor, sin posibilidad de otro; ello se desprende del artículo 22 del Código Civil, cuando advierte que *se le tendrá por nacido para los efectos establecidos* en dicho ordenamiento.

#### *b) El menor de edad*

Las limitaciones que los concebidos tienen en el campo jurídico-patrimonial, desaparecen en la capacidad alcanzada por los ya nacidos, aún durante su minoría de edad, pues éstos pueden, por ejemplo, adquirir por cualquier medio, sea sucesorio, contractual, por prescripción, etc.

Existen por contra, una serie de restricciones para el menor de edad en el ámbito del Derecho Familiar; como tales podemos señalar que en términos generales y salvo raras excepciones, no podrán contraer matrimonio si no tienen la edad núbil, la cual, conforme al artículo 148 del Código Civil, son 16 años en el hombre y 14 años en la mujer. De igual manera, no podrán reconocer a un hijo hasta en tanto no tengan aproximadamente 17 años el hombre y 15 la mujer, según lo previsto por el artículo 361 del propio ordenamiento; más aún, esta restricción tiene lugar independientemente de la edad del reconociente, sea menor o mayor, pues requiere haber, según el precepto indicado, una diferencia mínima de edad entre él y la del reconocido, que son los años en cada caso indicados, según el reconociente sea varón o sea mujer.

No está tampoco en la esfera de las posibilidades legales del menor, la de ser tutor, pues para ello se requiere la mayoría de edad, tal como lo expresa el artículo 503 del Código Civil; además, no puede adoptar, ya que necesita un mínimo de 25 años, amén de que como en el reconocimiento de hijo, también debe haber diferencia mínima de edades entre el adoptante y el adoptado. El artículo 390 del Código Civil así lo establece.

Por lo que se refiere al Derecho Público, podemos citar lo previsto en los artículos 34 y 35 constitucionales; para ser ciudadano de la República se requiere tener 18 años cumplidos de edad. Por esa razón, además de otros requisitos establecidos en

el primero de dichos preceptos, esa calidad permitirá al menor ser titular de los derechos y deberes ciudadanos, como son votar en elecciones populares, ser electo, asociarse para asuntos políticos, tomar las armas para la defensa de la República, etc.

#### *c) El mayor de edad privado de sus facultades mentales*

En términos generales, con algunas excepciones, la mayoría de edad hace alcanzar la mayor capacidad de goce; dentro de las excepciones apuntadas está, según lo hemos indicado, la edad mínima de 25 años para adoptar y la diferencia de edades entre el adoptante y el adoptado, así como entre el reconociente y el reconocido.

Una limitación a la capacidad de goce de los mayores de edad es la privación de sus facultades mentales; esa incapacidad no se manifiesta en los derechos de carácter patrimonial, pues el enajenado mental puede ser propietario, usuario, habituario, acreedor, deudor, etc. La restricción tiene lugar respecto de los derechos derivados del Derecho Familiar. Así por ejemplo, no pueden contraer matrimonio; no lo pueden hacer ni por representante; más aún, la enajenación mental incurable es causa de divorcio, tal como la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil lo ordena; además, la incapacidad declarada judicialmente es causa de suspensión de la patria potestad, como el artículo 447 del propio ordenamiento lo impone.

#### *d) El extranjero*

El artículo 33 constitucional establece una limitación a la capacidad jurídica de los extranjeros, al indicar que éstos "no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país" ello les priva de los derechos de esa índole, reservados sólo a los ciudadanos mexicanos.

En cuanto a derechos patrimoniales, los extranjeros carecen de capacidad jurídica para adquirir bienes inmuebles en una faja que corre de 100 kilómetros a partir de las fronteras y de 50 desde las costas, por toda la periferia del territorio nacional, por así disponerlo la fracción I del artículo 27 constitucional. Igualmente, conforme al artículo 6º de la Ley de Inversión Extranjera, los extranjeros no pueden participar en sociedades que se dediquen a transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y

carga; comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado; servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión distintos de televisión por cable; uniones de crédito; instituciones de banca de desarrollo y prestación de servicios profesionales y técnicos en los términos de las leyes que lo regulan. Sólo inversionistas mexicanos pueden participar en el capital de tales empresas.

#### *e) La capacidad para heredar*

Otra situación restrictora de la capacidad de goce en una persona física, la observamos en el Derecho Sucesorio, concretamente en la capacidad de heredar.

Del artículo 1313 del Código Civil se desprende lo siguiente:

1. Todos los habitantes del Distrito Federal, sea cual fuere su edad, tienen capacidad para heredar;

2. Por ello, no pueden ser privados de esa capacidad de un modo absoluto;

3. Sin embargo, ciertas personas respecto de algunos bienes pueden tener limitada esa capacidad por falta de personalidad, comisión de delitos, presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento, falta de reciprocidad internacional, utilidad pública o renuncia o remoción de algún cargo conferido en testamento.

Los artículos siguientes al 1313 del Código Civil, explican como cada una de esas manifestaciones de incapacidad puede presentarse.

Así, del texto de los artículos 1314 y 1315 se desprende la incapacidad para heredar por falta de personalidad, a la que ya hemos aludido antes, precisamente cuando veíamos el inicio de la personalidad (supra p. 150 y s.); por razón de delito, los artículos 1316 y 1317 señalan una serie de supuestos; como tales están el cónyuge adúltero o su coautor, el homicida del autor de la sucesión, los padres o el padre que hubiere expuesto al hijo; quien ejerciere violencia contra alguien para que haga o revoque su testamento, etc. "Por presunción de influjo contrario a la libertad del testador -establece el artículo 1321- son incapaces de adquirir por testamento del menor, los tutores o curadores" salvo lo señalado en dicho precepto; por la misma causa, no podrá heredar el médico asistente del testador y en su última enfermedad si durante ella éste hizo su testamento (artículo 1323) ; por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento, el notario, los testigos y los parientes de éstos que señala el artículo 1395 del Código Civil comentado son incapaces de heredar.

Los ministros de los cultos son incapaces de heredar de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tenga parentesco dentro del cuarto grado (artículo

1325).

Un caso de utilidad pública es el de los extranjeros, quienes según hemos comentado, son incapaces para adquirir por cualquier título en la zona prohibida; ello lo menciona expresamente el artículo 1327; además, conforme al precepto siguiente, si de acuerdo con una legislación extranjera, los mexicanos son incapaces de heredar, el extranjero de ese lugar también lo será en el Distrito Federal.

A la renuncia o remoción respecto del desempeño de los cargos de albacea, tutor o curador, como causas de incapacidad para heredar, se refieren los artículos 1331 y siguientes de nuestro ordenamiento civil.

Pues bien, como podemos desprender de las consideraciones anteriores, la capacidad de goce puede faltar para algunas personas en particular respecto de una situación jurídica determinada, de tal manera que es incapaz para algo, por la posición guardada respecto de la regulación que la ley establezca para esa situación, o por el contrario, ser capaz para ella y no serlo para otra.

No es el caso de pensar en la posibilidad de que alguien sea plenamente capaz ni tampoco lo es el considerar que hubiere una persona absoluta y definitivamente incapaz. Lo primero difícilmente puede tener lugar pues la plena capacidad de goce implicaría la aptitud de ser titular de toda clase de derechos; lo segundo, en tanto, se traduciría en la negación misma de la personalidad jurídica.

## **4. La capacidad de ejercicio**

### **A) Definición**

La capacidad en general decíamos, abarca la de goce y la de ejercicio.

Apuntábamos también que la capacidad como género, es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio. Asimismo, al referirnos específicamente a la capacidad de goce, comentábamos que su contenido está en la primera parte de la definición anotada, esto es, se trata de la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. Pues bien, de ello podemos desprender que la capacidad de ejercicio, como parte complementaria de la capacidad en general, es la aptitud del sujeto para ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones personalmente y para comparecer en juicio por derecho propio.

"Podemos definir brevemente la capacidad de ejercicio -señala ROJINA VILLEGAS-diciendo que *es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica*, es

decir, de hacerlo *personalmente*."

"La capacidad de obrar -afirma, TRABUCCHI por su parte- es la aptitud reconocida al sujeto para ejercitar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación jurídica."

El medio para el ejercicio de derechos, para contraer y cumplir obligaciones y para promover ante los tribunales en su caso, es el otorgamiento de actos jurídicos; así, la capacidad de ejercicio implica estar en condiciones legales de otorgar dichos actos y éstos consisten a su vez en manifestaciones de voluntad; si se tiene por ejemplo el derecho de adquirir en propiedad, ello puede ser por aceptar una adjudicación, sea por herencia o por remate, puede ser también mediante la celebración como comprador de una compraventa, una permuta como permutante, o bien de un mutuo como mutuario, etc.; asimismo, de los contratos aludidos en su caso, se desprenden obligaciones para quien adquiere; tal es el caso de pagar el precio en el remate o en una compra, transmitir la propiedad del bien permutado, obligarse a devolver otra cosa, de la misma especie y calidad en el mutuo, etc., etc. Otra manifestación de la capacidad de ejercicio es presentar una demanda, contestarla, reconvenir, articular y absolver posiciones. En todas esas situaciones se otorgan actos jurídicos por medio de los cuales la capacidad de ejercicio entra en actividad.

### ***B) Capacidad de ejercicio substancial y capacidad de ejercicio procesal***

"Esta capacidad —subraya ROJINA VILLEGAS al referirse a la de ejercicio— *supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.*"

De la aseveración anterior se desprenden las dos especies de dicha capacidad apuntadas por TRABUCCHI; la capacidad de ejercicio substancial y la capacidad de ejercicio procesal o formal; la primera se refiere a la aptitud para obligarse, para celebrar actos y negocios jurídicos, para contraer y cumplir personalmente obligaciones, para administrar y disponer libremente de los bienes, en tanto que la segunda se refiere a la posibilidad de comparecer en juicio sin necesidad de hacerlo mediante representante legal, sea ascendiente por el ejercicio de la patria potestad o sea tutor.

"Se distingue -anota TRABUCCHI- la capacidad 'substancial', que significa capacidad de obligarse, administrar y disponer de los propios bienes, de la capacidad 'procesal' o formal, que consiste en la aptitud para defender en el juicio los derechos que correspondan. Para responder de los efectos y consecuencias de los actos ilícitos no se precisa una capacidad legal especial, sino que es suficiente y necesaria la mera

capacidad para entender y querer, que, normalmente, se adquiere con anterioridad a la mayoría de edad."

### **C) Grados de incapacidad de ejercicio**

Así como respecto de la capacidad de goce pueden considerarse diversos grados en los que se atienden limitaciones más a menos de consideración a dicha capacidad en las personas físicas, y en los que como veíamos, están la edad, la nacionalidad, la situación mental, etc., a propósito de la capacidad de ejercicio es factible también observar una serie de grados de los que se desprende desigualdad de posiciones en relación con esta última capacidad.

Para analizar la graduación habida en la capacidad de ejercicio, es conveniente tener en cuenta las salvedades siguientes:

*Primera.* Más bien estamos ante diversos grados de *incapacidad*, pues suponer una plena capacidad de ejercicio, implica estar ajeno a restricciones; éstas en la medida de su presencia, se traducen en incapacidad a ellas circunscrita.

*Segunda.* En ese orden de ideas, la incapacidad será mayor conforme se tengan más restricciones; de esa manera, cuantas más imposiciones de incapacidad haya, habrá un grado mayor de incapacidad y viceversa., es decir, cuantas menos restricciones haya en un sujeto respecto de la capacidad de ejercicio, su grado de incapacidad será menor.

*Tercera.* Respecto a la incapacidad de ejercicio, ésta sí puede ser plena, como sucede con el *nasciturus*; su situación se traduce, según lo anticipamos en el inciso anterior, en una carencia total de capacidad de ejercicio.

*Cuarta.* Con las salvedades que en cada caso iremos haciendo en su oportunidad, la graduación de la incapacidad de ejercicio tiene como parámetro a la madurez mental del sujeto. El menor de edad no emancipado, por ejemplo, tiene una incapacidad de ejercicio mayor que la que tiene el emancipado y éste a su vez, tiene una incapacidad de ejercicio más grande que la del mayor de edad.

*Quinta.* El análisis de los grados de incapacidad de ejercicio será en orden decreciente, en la medida que razonablemente ello sea factible; hay situaciones en las que ciertas personas en condiciones diversas pueden estar en posiciones parecidas, como sucede con los menores de edad y los mayores enajenados mentales.

### *a) Plena incapacidad del concebido*

Los no nacidos no tienen ni la posibilidad mínima de intervención directa en la vida jurídica; tienen una incapacidad de ejercicio total y definitiva; los actos jurídicos cuya celebración se requiere para la adquisición de los derechos de los que pueden ser titulares o para contraer las obligaciones relacionadas con los *status* factibles de estar incorporados en la personalidad de estos sujetos, esto es, tener los caracteres de heredero, legatario y donatario en el aspecto patrimonial, deberán otorgarse por quienes tengan su representación legal, es decir, sus padres o su madre por lo menos, según la situación filial en la que el *nasciturus* esté; haya sido procreado en matrimonio o bien reconocido por sus dos progenitores o por el contrario, únicamente por su madre.

### *b) El menor de edad no emancipado*

El estatuto legal de los menores de edad en cuanto a su capacidad de ejercicio es de una normatividad abundante, pues el legislador ha tenido buen cuidado de señalar una serie de disposiciones generales aplicables a los bienes que les pertenezcan, así como de referirse en concreto a la posición del menor ante la posibilidad de celebrar actos jurídicos en particular, como son el matrimonio, los esponsales, las capitulaciones matrimoniales, el reconocimiento de hijo, donaciones, designación de tutor y otros más a los que nos referiremos más adelante.

El tratamiento legal general aplicable a los actos jurídicos factibles de realizarse por un menor de edad no emancipado respecto de bienes de su propiedad, se sitúa tanto en el capítulo "de los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo", como en el capítulo "del desempeño de la tutela".

De los preceptos contenidos en los capítulos indicados se desprende lo siguiente:

*Uno.* Los bienes propiedad de un menor de edad pueden haber sido adquiridos por él, bien sea por su trabajo o bien por cualquier otro título (artículo 428).

*Dos.* El menor no puede realizar acto jurídico alguno, ni siquiera de administración, respecto de los bienes por él adquiridos por medio diverso a su trabajo, pues como lo dispone el artículo 430 de los indicados, si bien esos bienes pertenecen al menor, la administración corresponde a quien sobre él ejerce la patria potestad. Lo mismo puede decirse del tutor según lo indica el artículo 537 en el primer párrafo de su fracción IV.

*Tres.* En cambio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 429 de nuestro ordenamiento civil, el menor de edad, así esté sujeto a patria potestad tendrá la administración de los bienes adquiridos con el producto de su trabajo. Hay un dispositivo igual a propósito de los menores sujetos a tutela, pues como el artículo 537 del Código Civil lo señala (segundo párrafo de su fracción cuarta), "la administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo, le corresponde a él y no al tutor".

*Cuarto.* Los actos de dominio, por su parte, no pueden ser objeto de otorgamiento personal por el menor, es decir, en todo caso deberán otorgarse por sus representantes legales, ascendientes (artículos 430 y siguientes) o tutor (artículos 561 y siguientes).

*Cinco.* Asimismo, quien o quienes tengan la patria potestad y el tutor en su caso, tienen la representación del menor en juicio. Por ello, éste no puede comparecer a tribunales por su propio derecho. Así lo indican los artículos 427 y 537 fracción V de nuestro Código Civil.

Para ofrecer una visión más amplia de lo anterior es conveniente dejar sentado en lo que consiste un acto de administración y uno de dominio.

"En un sentido muy general -indica DÍEZ-PICAZO- puede decirse que son actos o negocios jurídicos de disposición aquellos actos y negocios jurídicos por medio de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido."

"Partiendo de esta idea pueden comprenderse, claramente, dentro del concepto general de los negocios de disposición, los siguientes:"

"1° Los negocios de enajenación o negocios traslativos, por medio de los cuales el titular de un derecho transmite de manera inmediata dicho derecho a otra persona."

"2 Los negocios dirigidos a la constitución de un gravamen o de un derecho real sobre una cosa (v. gr.: el negocio de concesión de un usufructo o de una hipoteca)."

"3 La renuncia abdicativa, por medio de la cual el titular de un derecho, hace voluntaria dejación de éste extinguiéndolo."

"En el estricto significado técnico que hemos esbozado, los negocios de 'disposición' se contraponen a los negocios jurídicos obligatorios, es decir, a aquellos negocios jurídicos por medio de los cuales las partes constituyen entre ellas una relación obligatoria."

"En nuestro Código Civil se utiliza con mucha frecuencia la idea de actos o negocios de 'administración' (cfr. arts. 50, 59, 64-4º, 159; 160, 1412, 1713, etc.). La puntualización del concepto de 'acto de administración' no es sin embargo una cuestión sencilla ni doctrinalmente pacífica. En el artículo 68, 4º, el 'acto de administración' aparece contrapuesto a la idea de 'actos que exceden de la

administración ordinaria'. Por su parte, el artículo 1713 contrapone los 'actos de administración' a los 'actos de riguroso dominio' y entre estos últimos sitúa el Código el transigir, el enajenar, el hipotecar y el realizar cualquier otra actividad semejante."

"En un sentido general pueden considerarse como actos o negocios jurídicos de administración aquellos que tienen por finalidad la conservación y la defensa de los bienes que forman parte de un patrimonio, así como los actos dirigidos a obtener de tales bienes los rendimientos o las rentas que éstos deben normalmente proporcionar de acuerdo con su destino económico. En este sentido puede decirse que son actos de administración los siguientes:"

"1º Los actos de pura finalidad conservativa, como pueden ser los actos y contratos tendientes a realizar en una cosa las reparaciones ordinarias o los dirigidos a facilitar su custodia (v. gr.: depósito)."

"2º Los actos encaminados a la defensa de los bienes frente a los posibles ataques o violaciones de terceras personas."

"3º Los actos dirigidos a obtener de unos bienes su rendimiento normal de acuerdo con su destino económico. Por ejemplo, es un acto de administración la venta de los frutos de la cosecha de una finca. Es también un acto de administración el arrendamiento de una cosa, cuando la manera normal de explotar dicha cosa consista en arrendarla."

"Sin embargo, este punto de vista no es exacto. Un negocio jurídico puede ser al mismo tiempo un acto de disposición y un acto de administración, pues puede ocurrir que la obtención del normal rendimiento de un capital exija enajenar o disponer de algunos bienes (verbigracia: el caso ya citado de la venta de los frutos de una cosecha)."

BORJA SORIANO por su parte y con mayor detalle, se refiere a tres clases de patrimonios; el de derecho común, respecto del cual los actos deben tener un carácter preponderantemente conservatorio; el de explotación, formada por bienes destinados esencialmente a la circulación de la riqueza, y a ser reemplazados por otros eventualmente más ventajosos como es el caso del patrimonio del comerciante y en tercer término el de liquidación que consiste en un conjunto de bienes cuyo destino es ser enajenados para desinteresar a los acreedores de su titular.

"Ahora bien -se pregunta y contesta BORJA SORIANO a propósito de los actos respecto del patrimonio común ¿cuáles son las facultades de los administradores, cuáles son los actos de administración? La respuesta la vamos a dar en las tres reglas siguientes."

"*Primera regla.* Para determinado administrador un acto es de administración o de disposición según que un precepto legal expresamente lo faculte para ejecutarlo o le niegue esta facultad. Los preceptos aludidos son principalmente los que a continuación citamos:"

"Mujer casada bajo el régimen de separación de bienes: G. a. artículo 2077 y 2093."

"Menor casado: C. v. artículo 173."

"Emancipado. C. a. artículo 593, II y III y C. v, artículo 643, I"

"Marido administrador de la sociedad legal: C. a. artículo 2025, 2027 y 2035."

"Padres y demás ascendientes en ejercicio de la patria potestad: C. a. artículos 382, 1920 y 3156; C. v. artículos 436, 2496 y 3038; Código de Procedimientos civiles de 1884, artículo 1474 y Código de Procedimientos Civiles de 1932, artículo 920."

"Tutor: C. a. artículos 403, 514, 518, 519, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 544, 1068, 1920, 2939, 3156, 3676 y 3677; C. v. artículos 449, 557, 561, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 573, 575, 576, 1654, 2946; Código de Procedimientos Civiles de 1884, artículos 1452, 1472 y 1474; Código de Procedimientos Civiles de 1932, artículos 915, 921 y 922."

"Representantes de ausentes: C. a. artículo 609 y 636; C. v. artículos 660 y 686."

"Mandatario: C. a. artículos 1785, 1822, 2350, 2612, 2938, 2939 y 3155; C. v. artículos 2401, 2402 y 2868."

"Procurador: C. a. artículo 2387 ; C. v. artículo 2587."

"Socio administrador: C. a. artículos 2286 y 2287; C. v. artículo 2712."

"*Segunda regla.* Para un administrador, son actos ya de administración, ya de disposición, los demás que tengan uno u otro carácter para los otros administradores, según los artículos citados en la primera regla y que son aplicaciones hechas por nuestros Códigos de la noción de acto de administración, por oposición la mayor parte de las veces al acto de disposición. Con este criterio debemos considerar:"

"Actos de administración: recibir pagos; consentir en la cancelación del registro de una hipoteca u otro registro cuando reciba el pago de la obligación respectiva; hacer pagos; dar bienes en arrendamiento hasta por nueve años o recibiendo rentas anticipadas hasta de tres años según el Código Civil de 1884, o bien, dar bienes en arrendamiento hasta por cinco años o recibiendo rentas anticipadas hasta de dos años según el Código Civil de 1928; prestar dinero sobre segura hipoteca; aceptar donaciones, herencias y legados."

"Actos de disposición: donar, vender y en general enajenar bienes (especialmente inmuebles, muebles preciosos y alhajas) y derechos (especialmente reales) ; dar en prenda, hipotecar o gravar de otra manera bienes y derechos (especialmente inmuebles) ; dar bienes en arrendamiento por más de nueve años o

con anticipo de rentas por más de tres años según el Código Civil de 1884, o bien por más de cinco años o con anticipación de rentas por más de dos años según el Código Civil de 1928; dar bienes en anticresis; hacer remisión; repudiar herencias; cancelar hipotecas, su registro y extinguir derechos reales; dar fianza; recibir dinero prestado; transigir y comprometer en árbitros; conformarse con la demanda sobre inmuebles, etc.; renunciar la prescripción pendiente o la consumada. Judicialmente: desistirse, absolver y articular posiciones, hacer cesión de bienes y recusar."

"*Tercera regla.* Faltando texto legal, debe acudirse a la noción misma de acto de administración como la expone BONNECASE, basándose en preceptos del Código Napoleón, con los que sustancialmente concuerdan los de nuestros Códigos, con la advertencia de que en estos Códigos dentro de los actos de administración están incluidos los de conservación, que tienen por objeto evitar que un bien se pierda por su propietario."

"Para BONNECASE, el patrimonio de Derecho común es un patrimonio cuyo elemento-capital es esencialmente estable, es decir, está destinado a permanecer indefinidamente en poder de su titular, y el acto de administración, sin comprometer dicho elemento, tiene por fin hacer fructificar ese capital, o sea a un conjunto de bienes o a un bien determinado y aun utilizar las rentas enajenándolas. El acto de disposición comprende la enajenación del capital y todo susceptible de acarrear la pérdida de ese elemento (*Supplément*, t III, núms 338-342"

"Teniendo en cuenta dicha noción, hay que considerar, por ejemplo, como actos de conservación comprendidos en los de administración, los de interrumpir una prescripción y enajenar los bienes que estuvieren sujetos a perecer, como acto de administración contraer obligaciones en cuanto sea necesario para la administración (Laurent, tomo XXVII, núms. 420 y 421), y como actos de disposición, novar obligaciones, conformarse con las sentencias y demás resoluciones judiciales."

Respecto a la situación que los menores de edad no emancipados guardan en relación con diferentes actos jurídicos en cuanto a su celebración personal o a la necesidad de que un representante lo celebre por su cuenta, o en su caso, la asunción de alguna obligación especial en uno y en otro términos, podemos señalar las previsiones legales siguientes:

1. El convenio patrimonial a celebrarse por un menor de edad al contraer matrimonio, requiere de la aprobación de quien debe consentir en el matrimonio mismo (fracción V del artículo 97 del Código Civil).
2. Para que los menores celebren esponsales, se requiere el consentimiento de sus representantes legales (artículo 141).
3. El mismo requisito debe satisfacerse para el matrimonio a contraer por el menor (artículo 149 y siguientes).
4. Las capitulaciones matrimoniales sólo podrán celebrarse por un menor de

edad, si quienes deben consentir en el matrimonio consienten en ellas (artículo 181).

5. Un menor de edad podrá convenir la terminación del régimen patrimonial de sociedad conyugal en su matrimonio, si en ello consienten quienes debieron dar su consentimiento en contraer aquél (artículo 181).

6. Los menores de edad pueden hacer donaciones antenuptiales, pero únicamente con intervención de quienes deban prestar su consentimiento en el matrimonio (artículo 229).

7. Para reconocer a un hijo, el menor requiere también del consentimiento bien sea de quienes ejerzan la patria potestad sobre él, o en su caso de su tutor o de la autoridad judicial competente (artículo 362).

8. El menor de edad que haya cumplido 16 años podrá designar a su tutor dativo (artículo 496).

9. El tutor deberá consultar en los actos importantes de su gestión al pupilo que sea menor de edad pero de más de 16 años y capaz de discernimiento (artículo 537, fracción IV):

10. El menor podrá designar su curador (artículo 623) 623).

11. Se puede otorgar testamento desde los 16 años (artículo 1306, fracción I).

12. No obstante la regla general en el sentido de que los actos jurídicos celebrados por un menor de edad están afectados de nulidad, ésta no podrá ser alegada por ellos si fueron peritos en la materia del acto otorgado o si hubieren presentado certificados falsos del Registro Civil respecto de su nacimiento para hacerse pasar por mayores de edad, o si hubieren manifestado serlo (artículo 639 y 640).

13. Los actos celebrados por un menor de edad por los que hubiere adquirido deudas para proporcionarse alimentos en ausencia de su representante legal son plenamente válidos, no obstante su incapacidad (artículo 2392).

### *c) La capacidad de ejercicio alcanzada por la emancipación*

Podemos considerar a la emancipación como la situación jurídica, en que un menor de edad está, proveniente de algún acontecimiento previsto en la ley, que lo libera de la patria potestad o de la tutela general en su caso, y que disminuye su incapacidad de ejercicio.

La menor incapacidad puede ser porque el menor tenga la administración de todos sus bienes pero sin tener el derecho a disponer libremente de ellos. Puede ser también por estar en la posibilidad de disponer libremente de sus bienes muebles. Se observa en general, en todo aquello que le significa la posibilidad de alcanzar algún aspecto de lo que la capacidad de ejercicio significa.

Después de algunas variantes encontradas en los códigos de 70 y de 84 así como en la Ley sobre Relaciones Familiares, el Código Civil actual, desde el inicio de su vigencia hasta el año de 1970, contuvo dos tipos de emancipación; la legal y la judicial.

La primera de estas emancipaciones estuvo prevista en su artículo 641, según el cual, el matrimonio del menor producía de derecho la emancipación, en tanto que la segunda era conforme a señalaba el artículo siguiente, actualmente derogado como veremos, por cuyo texto, "los mayores de 18 años que estén sujetos a patria potestad o tutela, tienen derecho a que se les emancipe si demuestran su buena conducta y su aptitud en el manejo de sus intereses".

La previsión de ese doble medio para que un menor llegara en aquél entonces a la emancipación, se explica porque el Código de 28 durante ese lapso, es decir, del inicio de su vigencia a 1970, señaló en su artículo 646 que la mayoría de edad comenzaba a los 21 años; en consecuencia, por una parte hubiere sido cual fuere la edad del menor que contraiga matrimonio, casarse lo hacia quedar emancipado precisamente como consecuencia de haber tomado estado, pero además, cuando el menor había cumplido 18 años, él mismo podía solicitar su emancipación, si demostraba buena conducta y condiciones favorables para el manejo de sus intereses. No sólo eso sino también, la iniciativa de la emancipación podía tener su origen en los ascendientes o tutor del menor que satisficiera esas condiciones y aceptara quedar emancipado.

En el Diario Oficial de 28 de enero de 1970 se publicaron las reformas al Código Civil que adecuaron diversos preceptos para señalar el inicio de la mayoría de edad, como es desde 3 días de entonces a la fecha, a partir de los 18 años cumplidos.

Por la reforma anterior la emancipación judicial quedó sin materia, pues precisamente como lo hemos apuntado, era la edad de 18 años a partir de cuando se podía solicitar esa emancipación y ahora con esos años se es mayor.

Así pues, el único medio por el que la emancipación de un menor tiene lugar en la actualidad, es el contraer matrimonio; así lo establece el artículo 641 del Código Civil, según el cual el "matrimonio del menor de 18 años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor no recaerá en la patria potestad".

Ahora bien, en términos generales, la situación jurídica del emancipado traduce, como lo dispone el artículo 643 del Código Civil, en que aquél tiene la libre administración sobre sus bienes, pero mientras no alcance la mayoría, requerirá de autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces y de un tutor que lo represente en juicio.

En el contenido del Código Civil encontramos una aparente contradicción entre lo señalado por el precepto que acabamos de citar y su artículo 173, conforme al cual, "el marido y la mujer menores de edad tendrán la administración de bienes en los términos del artículo que precede (libre administración sin restricción salvo los términos de las capitulaciones), pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales". Así, como podrá observarse, ambos preceptos se refieren a la misma cuestión, es decir, a la capacidad de los menores de edad casados y dan también, en términos generales, las mismas soluciones, o sea, que esas personas tienen la libre administración de sus bienes tanto muebles como inmuebles y que requieren de representante legal para asuntos judiciales.

La diferencia entre el texto de uno y otro de los preceptos señalados, consiste en que el 173 exige la autorización judicial para la enajenación, gravamen hipoteca de todos los bienes del menor sean muebles o inmuebles; en cambio, el artículo 643 establece la necesidad de obtener esa licencia sólo cuando el acto de disposición a realizar sea respecto de bienes raíces; por ello, para dichos actos, cuando su objeto sean bienes muebles, o inmuebles no raíces, no requieren de tal autorización.

En esas condiciones, se plantea la duda de sí los menores de edad casados pueden enajenar libremente todos sus bienes con la mera excepción de los raíces, o, por el contrario, en todo caso requieren de autorización judicial para hacer ello.

Son varias las razones en principio, para concluir la libre disposición de esos bienes por parte de los menores indicados; por ejemplo, el artículo 643 del código deja sin efecto al contenido del artículo 173 del mismo ordenamiento, pues no sólo es posterior en número, sino además, su texto actual es resultado de la reforma de 1970; por ello, deroga al otro precepto indicado; además, el citado artículo 643 regula específicamente la emancipación, etc. A ello podría replicarse sin embargo, que la solución al problema planteado debe ser la contraria, es decir, que los emancipados carecen de capacidad para disponer libremente de todos sus bienes, sean muebles o inmuebles, porque de la propia ley así se desprende.

Para ello, podríamos considerar en primer término, no hay artículo expreso que faculte a los menores casados a esa libre disposición; además en segundo lugar, a

propósito de la capacidad de los emancipados, podemos recurrir a las disposiciones generales aplicables; así:

- a) Es hasta la mayoría de edad cuando quien la alcanza "dispone libremente de su persona y de sus bienes", según lo establece el artículo 647 del código;
- b) Si bien la regla es la capacidad y la incapacidad es la excepción, pues conforme al artículo 1798 del ordenamiento comentado "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley, precisamente los menores emancipados, están exceptuados; como menores que son, tienen la incapacidad que en términos generales les señala el artículo 450 de nuestro código.

A su vez, contra todo lo indicado, está lo previsto por el artículo 451 del código, según el cual, el emancipado tiene incapacidad legal sólo respecto de los actos señalados en el artículo 643; ello hace prevalecer en el caso la regla general del artículo 1798 en el sentido de que son hábiles para contratar los no excluidos por la ley y el emancipado no lo está. En consecuencia, el emancipado está en condiciones de celebrar libremente cualquier acto jurídico con la mera excepción de los estrictamente señalados en el artículo 643.

Es conveniente por otra parte citar como disposiciones referentes en concreto a actos del menor emancipado, al artículo 499 del código; de él se desprende que la tutela para asuntos judiciales del menor emancipado siempre será dativa, es decir, éste, en todo caso, para ese tipo de asuntos, designará su tutor. Asimismo, de conformidad con el artículo 623 de dicho ordenamiento, se le permite designar a su curador en tanto que el artículo 731 contiene su posibilidad para constituir el patrimonio de la familia.

*d) Los mayores de edad incapacitados.*

Otro grupo de personas pacientes de incapacidad de ejercicio, casi total por cierto, son quienes de una manera u otra están privados por algún motivo de sus facultades mentales; una situación así los hace no ser dueños de los actos que realizan, por ello, dichos actos no se les pueden imputar o atribuir desde el punto de vista jurídico.

Además de a los menores de edad, el artículo 451 del Código Civil señala como incapaces a los mayores disminuidos o perturbados en su inteligencia, aun cuando tengan momentos lúcidos, y a quienes en general, también mayores, no pueden gobernarse y obligarse por si mismos o manifestar su voluntad por algún medio debido a, una limitación o alteración en la inteligencia, provocada a su vez por la adicción a sustancias tóxicas como alcohol, psicotrópicos o estupefacientes o por una afección

originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial.

Quienes estén en cualquiera de las situaciones indicadas tienen en su contra impedimento legal, casi en todo caso sin excepción, para otorgar personalmente cualquier acto jurídico; siempre deberán hacerlo por medio de su tutor. Más aún, hay actos jurídicos que por sus consecuencias, no pueden otorgarse por cualquiera de las personas señaladas ni siquiera mediante la intervención de su tutor, dado que para dichos actos y los efectos jurídicos que éstos producen, no se padece de incapacidad de ejercicio sino de goce.

Tal es la situación por ejemplo, del enajenado mental, por su imposibilidad de contraer matrimonio, lo que le está totalmente vedado. Que un enajenado mental esté impedido de contraer matrimonio se debe a que no está en aptitud de ser titular de los derechos y obligaciones correspondientes al *status* matrimonial.

El único acto jurídico permitido al enajenado mental y siempre y cuando sea en un momento de lucidez, es el testamento, pues así lo señalan los artículos 1307 y siguientes del Código Civil, bajo las circunstancias establecidas en preceptos y que son las siguientes:

- a) Se requiere en primer término un lapso de lucidez de quien quiera testar;
- b) En segundo lugar, el tutor o un familiar presentarán solicitud ante el juez de lo familiar, para que pueda procederse a ese otorgamiento;
- c) La autoridad judicial instada nombrará dos médicos, preferentemente especialistas, para que éstos examinen al enfermo y dictaminen sobre su estado mental;
- d) Si dicho examen es favorable, se procederá al otorgamiento del testamento, que deberá ser público abierto, es decir, ante notario, tal como se señala para este tipo de testamentos en el artículo 1511 del Código Civil;
- e) El documento deberá contener constancia expresa de los médicos intervinientes en el sentido de que el testador conservó perfecta lucidez durante todo el tiempo del otorgamiento del acto, lo que condiciona su validez;
- f) Además, el testamento debe ser firmado no sólo por testador, testigos y notario, sino también por el juez y los médicos concurrentes.

A propósito de la capacidad para testar, consideramos conveniente dejar constancia de la especialidad imperante en su determinación y calificación, con disposiciones legales concretas para su regulación.

En efecto, según el artículo 1305 del Código Civil, pueden testar todos aquellos a los que la ley no se los prohíbe expresamente; es decir, no los incapacitados en

general sino quienes estén legalmente señalados en particular. No pueden testar por incapacidad, de conformidad con el artículo siguiente, los menores de 16 años y los que habitual o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio.

Hay además una regla especial contundente a propósito de la capacidad para testar, según la cual, para juzgar la capacidad del testador se atenderá concretamente, por así ordenarlo el artículo 1312 del ordenamiento civil citado, al estado de aquél al hacer el testamento.

#### *e) La mayoría de edad*

La plena capacidad de ejercicio que permite al sujeto disponer libremente de su persona y de sus bienes, así como comparecer en juicio, en todo caso mediante la celebración y otorgamiento directos y personales de cuanto acto jurídico fuere necesario para ello, se alcanza cuando se es mayor de edad.

Los preceptos del Código Civil que en su conjunto aluden a las afirmaciones contenidas en el párrafo anterior son numerosos. Conforme a su artículo 23, la minoría de edad y el estado de interdicción, como incapacidades establecidas en la ley, restringen, como lo indica textualmente dicho precepto, la "personalidad jurídica" (se trata en realidad de la capacidad de ejercicio), pero los incapaces, según se admite en ese mismo dispositivo, podrán ejercitar sus derechos con la intervención de sus representantes legales. El artículo siguiente por su parte, confiere al mayor de edad la posibilidad de disponer libremente de su persona y de sus bienes con sólo las limitaciones establecidas por la propia ley; ello se reitera en el artículo 647 del mismo ordenamiento civil; el 646 en tanto, señala los 18 años cumplidos como el inicio de la mayoría de edad.

## **5. Incapacidad natural e incapacidad legal**

Como dijimos, la situación mental en que un sujeto esté, es factor condicionante de casi todas las actitudes legales para determinar su capacidad o incapacidad. Así, los menores de edad son incapaces por su razonable inmadurez mental; también los enfermos mentales lo son, precisamente por ese padecimiento; igualmente los ebrios consuetudinarios y los drogadictos, debido a los trastornos provocados en sus mentes por dichos vicios. En general, son incapaces todos aquellos sujetos sin condiciones mentales de otorgar actos jurídicos.

Ahora bien, entre las manifestaciones de incapacidad hay unas cuyo origen son situaciones que un sujeto puede experimentar en cierto momento, como embriaguez, hipnotismo, estado de influencia por una droga y otras semejantes cuyo denominador común es impedirle objetivamente el control de su voluntad. Hay otras por el contrario, independientes de una madurez y plenitud mentales, respecto de las cuales la ley considera, mediante lineamientos generales, que el sujeto está impedido para celebrar personalmente actos jurídicos y le niega esa posibilidad. Tal es el caso del menor de edad a quien el sistema legal lo califica incapaz, aunque naturalmente esté en condiciones favorables, sobre todo al acercarse a su mayoría de edad; ese es el caso también del quebrado no rehabilitado.

Así pues, una es la incapacidad natural, como la situación en la que un sujeto está independientemente de su edad, provocada por una causa permanente o transitoria, como enfermedad mental, vicio o factor parecido, que le impide querer y entender lo que hace; sus actuaciones no son con una voluntad plena sino limitada y por ello ésta no puede crear consecuencias jurídicas sanas.

Otra es la incapacidad legal; ésta implica la consideración directa de la ley de que un sujeto no está en condiciones de ese querer y de ese entender, aun cuando en la realidad sí pueda hacerlo; esto acontece con un menor de edad, legalmente incapaz aun cuando sus condiciones mentales sí sean adecuadas para el otorgamiento de cualquier acto jurídico. Lo mismo sucede con el quebrado no rehabilitado quien desde el punto de vista natural no tiene afectación ni restricción mental alguna y sin embargo, la ley lo declara incapaz para determinados actos.

En esas condiciones, nada impide que en ciertos casos una persona considerada por la ley como incapaz sea naturalmente capaz.

"Se tiene la 'incapacidad natural de obrar' -afirma BARBERO- cuando el sujeto, cualquiera que sea su edad, o por insuficiente desarrollo o por enfermedad mental o a causa de una perturbación psíquica, permanente o transitoria, se encuentra, en la efectiva condición de *no poder entender y querer lo que hace*: de manera que sus actos no son 'actos humanos', sino 'actos físicos' esta es la condición del enajenado mental, del ebrio, del hipnotizado, etc."

"Tal situación de hecho induce al derecho a considerar 'incapaz de obrar' al sujeto que es víctima de él y mientras continúa siéndolo. Incapacidad: *a) natural*, por ser derivada de una situación de hecho, de la naturaleza, en que se encuentra el sujeto; *b) total*, en su extensión, porque se refleja, en todos los actos, incluso el matrimonio (art. 124), llevados a cabo por el sujeto en aquellas condiciones (art. 428) ; *c) permanente o transitoria*, según perdure o pase el estado mental de donde nace: es decir, en una palabra, exactamente conmensurada a la duración de dicho estado."

"Cesada aquella situación, el sujeto recupera automáticamente su capacidad normal. La consecuencia de esta incapacidad sobre los actos llevados a cabo por el incapaz, es, en general, la anulabilidad de ellos. Y precisamente: el matrimonio puede ser impugnado por aquel de los esposos que en el momento de la celebración hubiere sido incapaz, con tal de que no haya habido cohabitación por lo menos durante un mes después de la recuperación de la plenitud de las facultades mentales (art. 120) ; los demás 'actos' pueden ser anulados a instancia del incapaz, de sus herederos o causahabientes, en cuanto de ello se siga grave perjuicio al autor y, tratándose en particular de 'contratos' en cuanto resulte también la mala fe del otro contratante (art. 428) ."

"La 'incapacidad legal' -agrega BARBERO-- aunque ella también tome fundamento de circunstancias de hecho que inducen al ordenamiento jurídico a creer que el sujeto no está en condiciones de entender y de querer, tiene una relevancia sumamente diferente. Esta valoración se hace a veces sobre datos meramente *presuntivos*, sin tomar en cuenta las condiciones reales de cada uno de los sujetos (minoría de edad), y a veces se la hace singularmente, sujeto por sujeto, pero sobre datos que, reales en un momento, pueden también cesar *sin que cese el efecto inhabilitante de la calificación formal permanente que han provocado por parte del ordenamiento jurídico* (interdicción e inhabilitación)."

"Por tanto, es claro que, en momentos singulares, el incapaz *legalmente* puede ser también *naturalmente* capaz: precocidad del menor, intervalo lúcido del declarado en interdicción. Pero esto no quita para que, *mientras dura la calificación formal legal de incapacidad* (es decir, mientras dura la minoría de edad sin que haya emancipación y mientras dura el estado formal de interdicción), los actos llevados a cabo, aunque en el momento de su cumplimiento el sujeto fuese naturalmente capaz, son igualmente anulables (art. 427) ; incluso son anulables hasta los llevados a cabo antes de la publicación de la sentencia de interdicción o inhabilitación (art. 421) , pero después de la respectiva instancia y el nombramiento del tutor o del curador provisional (art. 419) , *cuando siga la sentencia de interdicción o de inhabilitación* (art. 427) ."

"De la incapacidad (de obrar) *legal* de que se ha hablado —advierte MESSINEO- debe distinguirse, en efecto, la incapacidad (de obrar) *natural* (o de *hecho*)."

"La importancia de la distinción, está en lo siguiente: que, para hacer valer la incapacidad legal, no es necesario dar su prueba caso por caso y con referencia *a/ momento* en que un determinado acto se realizó por el incapaz, correspondiendo esa

incapacidad a una *situación* del sujeto objetivamente comprobable, o previamente comprobada, de manera que la misma puede invocarse por quien tenga interés en ello, sin recurrir a una prueba *específica*: la incapacidad legal (comprobable o comprobada) opera *de iure* (*infra*, n. 4) , mientras que, en los casos de incapacidad *natural*, se necesita la prueba antes indicada y entra en juego la hipótesis del denominado 'intervalo lúcido'."

"Se llama *incapacidad natural (de obrar)*, aquella que tiene su raíz en un *estado psíquico (permanente o transitorio)* de *enfermedad mental*, determinado por *cualquier evento* (embriaguez grave, sonambulismo, hipnosis, demencia, sobreexcitación, angustia y *similares*) (nexo de causalidad entre estado psíquico y acto jurídico). En sentido más amplio, se habla también de *incapacidad de entender* (propriadamente: inconsciencia) o *de querer* (artículos 1389, 1425, 2046, del Cód. civ.; y cfr. art. 88 del Cód. pen.), la cual implica que quede disminuida la *aptitud* del sujeto *para entender* el valor del acto que realiza, o bien que quede *disminuida su facultad volitiva de determinarse* a realizar un acto."

Un carácter que distingue la denominada incapacidad natural de la incapacidad legal, es la posible *transitoriedad* del estado psíquico anormal del sujeto el cual, en cambio, es duradero en el caso de la incapacidad legal, ya que depende (como veremos, *infra.*, ns. 4 y sigtes.) de la menor edad del sujeto (y, por consiguiente, dura hasta que se alcanza la mayor edad), o de estado psíquico, el cual, si no es previsiblemente duradero, no puede conducir a una sentencia de interdicción o de inhabilitación, o bien porque la incapacidad parcial (caso de la emancipación) dura hasta la obtención de la mayor edad."

"Esta incapacidad -señala por su parte GARCÍA amigo al referirse a la incapacidad de obrar- puede provenir de una causa natural, que excluya o disminuya la *libertad* jurídica del individuo, o directamente de una constatación judicial que declare la incapacidad: a la primera se la denomina incapacidad natural; a la segunda, *incapacidad legal*. Por ley, esta última procede cuando, no habiendo titular de la patria potestad, tuviera que acudir a la tutela para suplirla. La, resolución judicial que incapacite puede revestir la forma típica de la *incapacitación o proceder de sentencia que imponga la pena de interdicción civil*. Producen incapacidad la menor edad, la incapacitación por locura y sordomudez de los analfabetos."

"La, incapacidad de ejercicio proviene, pues --advierten por último COLÍN Y CAPITANT- de dos causas diferentes: *es natural o legal*."

"La *incapacidad natural* afecta a las personas que no comprenden lo que hacen: Los niños, antes de llegar al uso de la razón; los alienados mientras dura la enfermedad, los idiotas. Las personas que se encuentran en alguno de estos casos no pueden tomar parte en el comercio jurídico. Tienen una incapacidad de ejercicio general de derechos."

"La *incapacidad legal* resulta de las causas siguientes: la minoría de edad, estado de mujer casada, interdicción de los locos y de los condenados a penas

criminales, nombramiento de un consejo judicial por debilidad mental o prodigalidad."

El Código Civil se refiere a las incapacidades natural y legal en los artículos 449, 450 y 451. Dichos preceptos son del respectivo texto siguiente:

"ART. 449.-El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

"En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413."

"ART. 450.-Tienen incapacidad natural y legal:

"I. Los menores de edad;

"II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos, o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

"ART. 451.-Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionen en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro."

Del texto de los tres preceptos transcritos se desprende:

*Uno.* No hacen referencia a la incapacidad natural que permitiera fijar el concepto de ésta.

*Dos.* En efecto, se alude a la incapacidad legal y natural (artículos 449 y 450) o únicamente a la incapacidad legal (artículos 449 y 451), pero no en particular a la incapacidad natural.

*Tres.* La incapacidad para gobernarse por sí mismo que da origen a la tutela, debe ser una incapacidad natural y legal o solamente legal, más no sólo natural, de tal manera que la incapacidad natural, aisladamente considerada, no trae consigo la imposibilidad de gobierno personal de quien la padece y en consecuencia, no habría, en su caso, lugar a la tutela.

*Cuatro.* Conforme al artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles, señalador del procedimiento de interdicción, "ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de *minoridad* o de *incapacidad* de la persona que va a quedar sujeta a ella"; por eso, las limitaciones o alteraciones, en la inteligencia a las que se alude en la fracción II del artículo 450 transcrito, implican una incapacidad que requiere

su declaración previa por la autoridad judicial competente.

*Cinco.* La locura transitoria, la embriaguez, el sonambulismo y en general, todas aquéllas situaciones que en un momento dado no permitan al sujeto tener control de la voluntad, no están previstas en los artículos indicados y corresponden precisamente a los casos de incapacidad natural.

*Seis.* Las Leyes del Notariado del D.F. de 1945 y de 1980, son claras en ese sentido, al establecer en sus artículos 35 y 64 respectivamente, que el notario podrá hacer constar bajo su fe que los otorgantes de un instrumento ante él, tienen capacidad, si desconoce que estuvieren sujetos a incapacidad civil (interdicción y tutela) y no observa en ellos manifestaciones de incapacidad natural (embriaguez, hipnotismo, etc.).

## **6. La Ley como único medio para determinar la capacidad y la incapacidad**

La posibilidad legal que una persona física tenga o no de celebrar un acto jurídico con intervención directa, depende única y exclusivamente de la ley. A nada ni a nadie más corresponde negar o conferir esa posición ante dicha posibilidad.

Son varios los artículos del Código Civil que preceptúan lo anterior; como tales, podemos citar los artículos 24, 647 y 830, del respectivo texto siguiente:

"ART. 24.-El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley."

"ART. 647.- El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

"ART. 830.-El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes."

Los particulares, ciertamente, no pueden ampliar, disminuir o en su caso desconocer o atribuir la posibilidad legal de las personas para la celebración de los actos jurídicos, es decir, de los particulares no depende la capacidad o incapacidad de los individuos. Ejemplo de lo anterior lo tenemos en el contenido de los artículos 1355, 1358, 2301 y 2901 que transcribimos a continuación:

"ART. 1355.--La condición de no dar o de no hacer, se tendrá por no puesta. La condición de no impugnar el testamento o alguna de las disposiciones que contenga, so pena de perder el carácter de heredero o legatario, se tendrá por no puesta."

"ART. 1358.-La condición impuesta al heredero o legatario, de tomar o dejar de tomar estado, se tendrá por no puesta."

"ART. 2301.-Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona; pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna."

"ART. 2901.—Pueden ser también hipotecados los bienes que ya lo estén anteriormente, aunque sea con el pacto de no volverlos a hipotecar, salvo en todo caso los derechos de prelación que establece este Código. El pacto de no volver a hipotecar es nulo."

Más aún, en el orden de ideas planteado, para la ley, la capacidad es la regla general y la incapacidad la excepción. En efecto, según el artículo 1305 a propósito de los testamentos, "pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe *expresamente* el ejercicio de ese derecho" y como regla general para los contratos, conforme al artículo 1788 del propio ordenamiento, "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

Ahora bien, lo anterior no impide asumir convencionalmente la obligación de no celebrar algún acto jurídico, pero ello no se traduce más que en contraer una obligación

de no hacer y no en la incapacidad del obligado en esos términos. Consecuencia de lo anterior es que el incumplimiento en las condiciones anotadas, trae como consecuencia el pago de los daños y perjuicios causados, pero el acto jurídico celebrado no obstante haberse pactado la obligación de no celebrarlo, sería plenamente válido. Ello se desprende del artículo 2028 del Código Civil.

## **7. La representación legal como institución auxiliar ante la incapacidad de ejercicio**

La incapacidad de ejercicio en la cual; en mayor o menor medida algunas personas pueden situarse, implica, como comentábamos, la imposibilidad de quien la sufra para intervenir directamente en la vida jurídica, de tal modo que éste no puede celebrar actos jurídicos, precisamente porque su incapacidad se lo impide.

Ahora bien, la incapacidad de alguien y por ende su impedimento para la celebración de actos jurídicos, trae como consecuencia que otra persona, sí capaz, lo celebre en nombre y por cuenta de aquél. Celebrarlo en nombre del incapacitado, implica que lo hace como su representante; ello se traduce en que es conocido por todos el nombre del sujeto por quien el acto se celebra. Por cuenta también del primero, quiere decir que los efectos de dicho acto alteran el *status* jurídico del sujeto por quien se celebra. Ello nos hace estar ante la representación legal.

"Hay representación -enseña BORJA SORIANO- cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado del acto): se produce una relación obligatoria directa entre: el representado y un tercero."

El ejercicio de la patria potestad y la tutela son casos concretos de representación legal. En el primero, los ascendientes llamados por la ley para ello, son los legítimos representantes de los menores sujetos a su patria potestad de conformidad con lo dispuesto por el artículo 425 del Código Civil, El tutor, por su parte, representa al incapacitado en los términos y con los alcances señalados en los artículos 449 y 537 del propio ordenamiento.

Además del ejercicio de la patria potestad y de la tutela, podemos señalar la representación en la ausencia y el albaceazgo en la sucesión por causa de muerte como casos de representación legal. El análisis de las dos primeras corresponde al Derecho de Familia; el del albaceazgo en cambio, al Derecho Sucesorio y más adelante comentaremos la representación en la ausencia.

En la patria potestad y la tutela se tiene ciertamente la representación legal del

incapacitado; en la primera, la ejercitan los ascendientes llamados para ello por la ley respecto de sus descendientes menores de edad (artículos del 412 al 418 del Código Civil); la segunda es ejercitada por el tutor respecto de su pupilo que puede ser un menor sobre el que no se ejerce la patria potestad, o bien un mayor de edad declarado incapaz (artículo 449).

En la representación legal del ausente no es la incapacidad del representado sino su desaparición del lugar e imposibilidad por ello de celebrar personalmente actos jurídicos en ese lugar. Lo que por su parte origina la representación en el albaceazgo, es la natural imposibilidad del de *cujus* pues precisamente el fallecimiento de éste es el supuesto jurídico de todas las consecuencias del Derecho Sucesorio y el albaceazgo es una de ellas.

La representación legal trae consigo en todo caso la administración de los bienes del representado, o respecto del albacea la administración de los bienes que están en el acervo hereditario. Por ello, los ascendientes en el ejercicio de la patria potestad legalmente atribuido, el tutor en el desempeño de la tutela, el representante del ausente al ejercitar su cargo y el albacea cuando desempeña el suyo, son administradores de bienes ajenos y libremente pueden celebrar actos de administración y no así los de dominio, para cuya celebración deben satisfacer requisitos especiales.

Como consecuencia de la representación legal, los actos otorgados por los representantes legales surten efectos en los *status* de los representados, no en los patrimonios propios de los otorgantes. Por ende, la ley vigila que esos actos sean conservatorios del patrimonio del representado.

### III. EL ESTADO CIVIL

#### 1. Estado en general, estado político y estado civil

##### A) El estado como situación jurídica

La palabra *estado* tiene diversos significados en el lenguaje jurídico. Por estado podemos aludir al ente soberano de Derecho Público que en condiciones normales aglutina y organiza a la población de un territorio bajo un poder supremo al que aquélla queda sometida.

"El Estado suele definirse -ilustra GARCÍA MAYNEZ- como la *organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio*. Tal definición revela que son tres los elementos de la organización estatal: *la población, el territorio y el poder*. El poder político se manifiesta a través de una serie de normas y de actos normativamente regulados, en tanto que la población y el territorio constituyen los ámbitos personal y espacial de validez del orden jurídico. Se ha dicho que la ordenación jurídica bajo un poder de mando es el elemento *formal*, mientras que la población y el territorio son los elementos *materiales* del Estado. Mas no hay que olvidar que lo mismo la población que el territorio hállanse en todo caso determinados por el ordenamiento jurídico. En las secciones que siguen examinaremos cada uno de esos elementos, principiando por el territorio. Seguiremos en nuestra exposición los lineamientos generales de la doctrina de JELLINEK."

Otra acepción de *estado*, género del que ahora nos ocuparemos, es la situación jurídica de una persona frente a otra u otras. Dicha situación puede tenerse ante el Estado como el ente supremo aludido, lo que se traduce en el estado político de la persona. Puede ser también la situación jurídica de una persona ante los miembros de su familia, sea como padre, hijo, ascendiente o descendiente de ulterior grado, cónyuge, pariente consanguíneo colateral, etc. Todo ello implica el estado familiar o estado civil del sujeto y que es el atributo de las personas físicas que nos avocamos ahora a comentar.

"Generalmente -señala por su parte ROJINA VILLEGAS- se considera en la doctrina que el estado (civil o político) de una persona consiste en la situación jurídica concreta que guarda en relación con la familia y con el Estado o la nación.

En el primer caso, el estado de la persona lleva el nombre de estado civil o de familia y se descompone en las distintas calidades de hijo, padre, esposo y pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción.

En segundo caso, el estado se denomina político y determina la situación del individuo o de la persona moral respecto a la nación o al Estado a que pertenezca, para determinar las calidades de nacional o extranjero. Asimismo, el nacional puede llegar a ser ciudadano, cumpliendo ciertos requisitos que en nuestro derecho consisten en ser mayor de edad . . . y tener un modo honesto de vivir."

Más aún, como derivaciones del mismo estado civil, podemos referirnos al *status fillie* a estado de hijo y al *status conyugalis* o estado conyugal, que a su vez se traducen en situaciones jurídicas de un sujeto frente a otro; del hijo ante su progenitor en el primer caso y de un cónyuge ante el otro en el segundo.

En Derecho Societario por su parte, encontramos otro estado como situación jurídica; se trata del *status* o estado de socio que observa la posición guardada por el socio ante la sociedad.

## **B) Contenido**

Sea cual fuere el estado como situación jurídica, se traduce en todo caso en un complejo de derechas y obligaciones recíprocos entre los dos sujetos que intervienen en la relación observada. En efecto, el estado político por ejemplo implica diversas posiciones del particular frente al Estado como ente soberano; puede ser nacional precisamente por tener su nacionalidad, o bien por el contrario puede ser extranjero, ya sea porque es nacional de otro Estado soberano o bien porque esté sujeto al régimen de la apatridia al carecer de nacionalidad. Particularmente respecto de quien es nacional, puede o no ser ciudadano.

Cada uno de los supuestos apuntados trae aparejados un complejo de derechos y obligaciones recíprocos: Piénsese en las garantías individuales como derechos de todos los particulares frente al Estado; por contra, pensemos también en nuestros deberes frente a la autoridad estatal, como son el deber de contribuir al gasto público, el de votar, etc. Los artículos que contienen las garantías individuales como derechos públicos, son también aplicables a los extranjeros; con la única salvedad de que el Estado mexicano en cualquier tiempo y discrecionalmente, puede expulsar del país al extranjero por así juzgarlo conveniente. Dicho régimen, según apuntábamos, es también aplicable al apátrida.

Del Derecho Privado podemos citar, como dijimos, el *status* de socio, consistente en la situación jurídica de una persona frente a una sociedad de naturaleza civil o mercantil de la que aquél es socio; si se trata de una sociedad anónima por ejemplo, el accionista no es "dueño" de la sociedad, como suele afirmarse por algunas personas relacionadas más con el comercio que con lo jurídico. Que alguien tenga en su patrimonio, así sean todas las acciones emitidas por la sociedad, no lo hacen ser propietario del ente social. Este es una persona de Derecho, dotada de personalidad

jurídica con los mismos alcances que los de cualquier ser humano; por ello, una sociedad no puede pertenecer a alguien como tampoco una persona física puede ser de la propiedad de otra persona física o de una persona moral. Más aún, ni siquiera puede decirse a propósito del accionista que a éste pertenezca una parte del capital social; la sociedad es la propietaria de dicho capital.

El accionista es titular de una serie de derechos frente al ente social; entre los de contenido patrimonial están el derecho a la participación en las utilidades que la sociedad llegue a obtener, el derecho al dividendo que es la parte proporcional atribuida a cada acción de las utilidades netas obtenidas por el ente social, y el derecho a la cuota correspondiente a cada acción en la liquidación de la empresa. Hay otro tipo de derechos no de contenido patrimonial, como el derecho a votar en las asambleas, el derecho a la información en los libros y documentos de la sociedad, etc. Sean tales derechos más o menos, lo cierto es que en esas relaciones, el accionista es el derecho habiente y la sociedad la obligada.

Al mismo tiempo, el accionista tiene una serie de obligaciones que son a su vez derechos a favor del ente social; como tales está cubrir el importe de las acciones por él suscritas, respetar los acuerdos tomados por la asamblea, subordinar sus intereses personales a los del ente, etc.

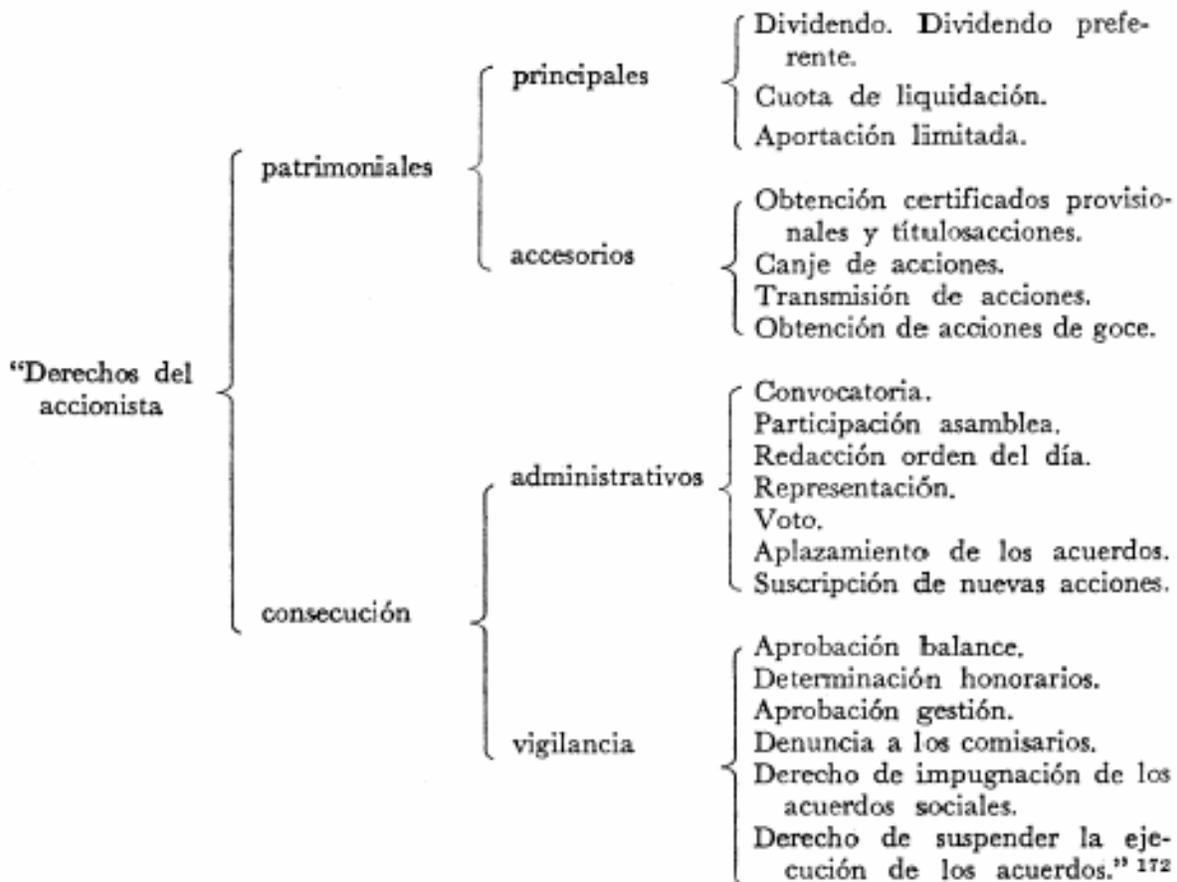
"El contrato de sociedad -indica RODRÍGUEZ-- establece diversos derechos a favor del socio, que éste ejerce frente a la sociedad. Al mismo tiempo, el socio tiene obligaciones que satisfacer. Estos derechos y estas obligaciones derivan de la calidad de socio, la que no es, pues, un derecho, ni siquiera una relación jurídica, sino más bien, 'un presupuesto de relaciones jurídicas'."

"El estado de socio -dice DALMARTELLO- es el conjunto de los deberes y de los derechos, de las funciones y de los poderes que el socio tiene frente a un centro idealmente subjetivizado."

"En cuanto se trata de derechos y obligaciones frente a la corporación de la que se es miembro, en cuanto esa calidad es presupuesto de derechos y obligaciones y en cuanto se trata de una posición jurídica, en el seno de una corporación, parte de la doctrina sintetiza la naturaleza jurídica de la calidad de socio diciendo que es un *status*, semejante, en el ámbito reducido de la sociedad mercantil, a lo que el *status* de ciudadano, en la gran corporación política que es el Estado.

"Los derechos de los accionistas -continúa RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ - podemos clasificarlos exactamente de acuerdo con los diversos criterios que exponemos en la parte general."

"Para no repetir lo ya dicho, nos limitamos a insertar a continuación el cuadro sistemático de los derechos del accionista, de acuerdo con el cuadro de derechos de los socios, que ya reproducimos."



"Hablamos de obligaciones en plural -afirma al respecto RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ - para llamar la atención sobre el hecho de que, en contra de lo que generalmente se dice, el socio de una sociedad anónima tiene no una, sino varias obligaciones que cumplir frente a la sociedad. Legalmente le corresponden varias obligaciones."

"Cuando se dice que el socio sólo tiene una obligación que cumplir frente a la sociedad, la de aportación, se confunden dos diversos problemas: el de la aportación limitada, y la subsecuente responsabilidad limitada, y el de las demás obligaciones que puedan corresponder al accionista."

"Patrimonialmente, es cierto que el socio sólo tiene la obligación de efectuar la aportación convenida y en la cuantía fijada, con la que prácticamente se agotan las obligaciones individuales del accionista frente a la sociedad. Esta aportación no sólo es el límite de la obligación del socio frente a la sociedad, sino también el máximo de la suma de responsabilidad en que el accionista pudiera verse alcanzado en el caso de insolvencia de aquella. Pero, en otro aspecto, la calidad de socio atribuye otras obligaciones: obligaciones de colaboración, obligaciones de fidelidad y aun actividades complementarias, que no se traducen en simples afirmaciones, sino que tienen una trascendencia normativa perfectamente delimitada."

"Pudiéramos decir que el accionista tiene frente a la sociedad obligaciones individuales y colectivas; esto es, obligaciones que cumple en su calidad individual de socio, como son la principal de efectuar la aportación y las accesorias de hacer otras prestaciones, a las que después nos referiremos, y obligaciones colectivas, como son las de cumplir los acuerdos sociales y las de fidelidad en su conducta de socio."

El estado civil concretamente como la situación jurídica de una persona frente a los miembros de su familia hace que dicha persona tenga los caracteres de ascendiente, de descendiente, en particular de padre y de hijo: de cónyuge, de hermano y aún de pariente colateral hasta de tercer y cuarto grado.

En todas estas posiciones familiares se es titular de un *status* que como tal, se compone de un complejo de relaciones jurídicas; así, "los hijos cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deberán honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes" (artículo 411 del Código Civil). El hijo reconocido por su parte, tiene derecho a llevar el o los apellidos de quien lo reconozca; tiene el derecho a ser alimentado por éste y tiene también el derecho a una porción hereditaria en la sucesión legítima del reconociente (artículo 389 de dicho código).

El matrimonio origina una serie de efectos jurídicos entre los cónyuges; pueden darse tanto respecto de sus personas como en relación con sus hijos, así como en relación de los bienes de su propiedad. Precisamente el capítulo tercero del título quinto del Código Civil compuesto por sus artículos del 162 al 177, se denomina "De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio".

Los efectos jurídicos del matrimonio en relación con la persona de los cónyuges, implican una serie de derechos con sus correlativos deberes; tal es el caso del derecho a la vida en común con su correlativo deber de la cohabitación; el derecho a la relación sexual con el correlativo débito carnal; el derecho a la fidelidad con el correlativo deber de ser fiel y el derecho-deber al socorro y ayuda mutuos.

"a) El derecho a exigir una vida en común, con la obligación de habitar bajo el mismo techo -explica ROJINA VILLEGAS- es indiscutiblemente el principal de todos los enumerados, dado que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio. Podemos decir que constituye la relación jurídica fundamentalmente de la cual dependen un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o accesorias. La vida en común implica, la relación jurídica fundante, porque si no se realiza, no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas."

"..."

"El derecho y la obligación correlativa de obtener y hacer vida en común en el matrimonio, se encuentran sancionados jurídicamente, pues cada cónyuge está autorizado para exigir jurídicamente, si fuere necesario, que se cumpla con ese estado jurídico. La fuerza pública, puede ser empleada para lograr en la vía de apremio que el cónyuge rebelde haga vida en común, pero este procedimiento resulta desde el punto

de vista de la realidad, impracticable, dado que sería necesario aplicar en forma continua la intervención coactiva del Estado. Por esto, se explica en la doctrina que principalmente el incumplimiento de tal obligación se sanciona también con el pago de daños y perjuicios y, en su caso, con la acción de divorcio.

Aun cuando el artículo 163 en su texto primitivo, se refería expresamente a la obligación de la mujer de vivir al lado de su marido, es evidente que también imponía el mismo deber a éste, según los términos generales del artículo 162 que obliga a los cónyuges a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio. Antes de la reforma, se reconocía al marido la facultad de determinar el domicilio y exigir a su esposa que viviera con él; pero una vez hecho esto, no quedaba a su arbitrio el trasladarse continuamente de un lugar a otro, para poder invocar después, como causa de divorcio, el abandono injustificado del domicilio conyugal, si es que previamente no interpellaba a su esposa para que diese cumplimiento a su obligación de cohabitar y ésta por su parte se negaba a seguirlo.

El mencionado artículo 163, fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 9 de enero de 1954, en los siguientes términos: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los tribunales, con conocimientos de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso. Este nuevo texto impone claramente a ambos esposos la obligación, recíproca de hacer vida en común."

"b) Otro derecho interesante en el matrimonio es el relativo a exigir el cumplimiento del débito carnal. Se trata de una forma *sui generis* que sólo puede existir, como es evidente, en este tipo de relación intersubjetiva, ya que cada uno de los sujetos está facultado para interferir en la persona y conducta del otro, pero en la forma íntima que impone la relación sexual. No sólo se trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica, dado que cabe determinar en qué términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad.

Evidentemente que, como en todos los problemas del derecho familiar, debe prevalecer el interés siempre superior de la familia, de tal suerte que en el caso se trata no sólo de una función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo con el imperativo general impuesto por el artículo 162, para que cada cónyuge contribuya por su parte a tales fines. En algunas definiciones, tanto de la doctrina como de la ley, se señala la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en esa virtud debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal.

El artículo 13 de la Ley sobre Relaciones Familiares decía: 'El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.' Ya el Código vigente no contiene una definición del matrimonio, pero estatuye en el artículo 147 que

cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta. En el derecho canónico se considera como un elemento en la definición del matrimonio el relativo a la perpetuación de la especie. En el mismo sentido PLANIOL hace notar que pueden considerarse como excepcionales aquellos matrimonios que se autorizan en artículo de muerte, pues no cumplen las finalidades de la institución. La ley los ha reconocido, dado que generalmente persiguen un fin noble, que no se opone a los intereses superiores que debe tutelar el derecho familiar."

"Desde el punto de vista jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio."

"..."

"c) El derecho a exigir fidelidad, y la obligación correlativa, implican fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio sí implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge. No sólo existe, en relación con el deber correlativo, la prohibición de realizar el adulterio, con la sanción penal correspondiente y la civil relativa al divorcio, pues podemos encontrar aquí diferentes grados y, por lo tanto, distintas formas de incumplimiento. El adulterio constituye la forma máxima de incumplimiento e ilicitud por lo que se refiere a ese deber. Además, no sólo se comprende el aspecto estrictamente jurídico, sino también y de manera fundamental, el aspecto moral que en el caso recibe una sanción jurídica. Es decir, aun cuando el deber de fidelidad puede tener una valoración ética y una valoración jurídica, en el primer aspecto puede ser regulado tanto por el derecho como por la moral. Ahora bien, el ordenamiento jurídico acepta a través del concepto de 'buenas costumbres' las reglas de moral social que tienen vigencia y valor en una sociedad determinada. En consecuencia, por lo que se refiere al matrimonio, es evidente que el principal control en el deber de fidelidad debe buscarse no en preceptos jurídicos consagrados expresamente en un código, sino en las reglas que se derivan de las buenas costumbres imperantes en una sociedad.

Aquí tenemos oportunidad de comprobar la intervención de la moral en el derecho.

"..."

"Si el derecho tomara sólo en cuenta el deber de fidelidad en su aspecto externo, sancionaría exclusivamente aquellos actos que como el adulterio implican una violación manifiesta, independientemente de la intención misma por parte del cónyuge y de la obligación moral y jurídica de mantener fidelidad. Es exacto que el derecho no puede sancionar las malas intenciones de cada uno de los cónyuges, que desde el punto de vista ético implicarían un verdadero 'adulterio mental', pero tampoco puede

limitarse sólo a regular los actos puramente externos que guardan dentro de los límites formales una observancia forzada al deber de fidelidad.

Por su naturaleza misma este deber implica un estado de ánimo que de no existir, puede ser considerado por el juez, en el caso de controversia, como una verdadera violación del mismo, aun cuando no se ejecuten actos que en forma externa hagan ostensible dicho estado de ánimo. Puede decirse que el derecho también comprende el aspecto estrictamente espiritual del problema, ya que sanciona la violación del deber de fidelidad que se traduce en aquellos actos que moralmente demuestran que un cónyuge no guarda al otro las consideraciones debidas conforme a las buenas costumbres.

Además, la justificación es evidente, pues de no ser así peligraría la existencia misma del matrimonio. En todo caso puede existir una injuria grave, que no necesariamente exige demostración de adulterio, sino de conducta indecorosa que ofende al otro cónyuge y, además, implica un ataque a su honor." "Desde el punto de vista social, el deber de fidelidad origina un tipo de relaciones que el derecho toma en cuenta, pues cuando no se guardan la consideración, respeto y decoro recíprocos entre los consortes, cabe la posibilidad de que se dé margen a ofensas graves que pongan en peligro la estabilidad del matrimonio y, sobre todo, pueden dar origen a una demanda de divorcio."

"En nuestro derecho, tanto el Código Civil, como el Penal, no distingue en cuanto a las consecuencias del adulterio del marido o de la esposa. El artículo 267, frac. I del Código Civil, estatuye que es causa de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges. Los artículos 273 a 276 del Código Penal, no hacen distinción alguna en la sanción y configuración del delito de adulterio del hombre o de la mujer."

"En el Código Civil de 1884, el artículo 228; disponía: 'El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio (separación de cuerpos, ya que no se admitía por dicho Código que el divorcio disolviera el matrimonio, conforme al artículo 226); el del marido lo es solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes:"

"I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común";

"II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal";

"III. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima";

"IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de esos modos a la mujer legítima."

"..."

"La creencia vulgar de que las relaciones íntimas que tenga un cónyuge con persona de otro sexo, sin llegar al adulterio, no se encuentran sancionadas jurídicamente, solo podría ser exacta desde el punto de vista estrictamente penal, pero el derecho civil es evidente que concede una acción al cónyuge ofendido para exigir el divorcio por injuria grave. Si solo hubiese sanción al deber de fidelidad para el caso del adulterio, peligraría la institución matrimonial, y razones de seguridad jurídica y de interés público motivan la necesidad de admitir las conclusiones anteriores."

"No tiene aplicabilidad aquí la tesis de KANT que hace depender la obligatoriedad del deber de la propia voluntad. Tampoco la doctrina de LAUN que no acepta ni el principio kantiano, ni tampoco la heteronomía del derecho, pues se funda en una voluntad ajena al obligado y, por lo tanto, impuesta como un simple hecho. En el deber de fidelidad podemos fundar la obligatoriedad del derecho sosteniendo que se apoya en los valores jurídicos que debe realizar cada institución. En el matrimonio, es fácil comprobar que tal deber no depende de la voluntad de los consortes y ni siquiera del arbitrio del legislador, es decir, de la heteronomía del derecho. Se funda exclusivamente en la naturaleza misma de la institución que exige seguridad, orden público y buenas costumbres, independientemente de los propósitos personales de cada consorte y de la mayor o menor fuerza con que el ordenamiento jurídico pueda imponer la observancia de esa obligación."

"..."

"d) Otro de los deberes que impone el matrimonio y, por consiguiente, de los derechos que nacen de ese estado civil, es el de socorro y ayuda mutua. Se trata, como en los casos anteriores, de verdaderos derechos-deberes o estados funcionales que, como explica CICU, descansan siempre en la solidaridad familiar y tienen por objeto realizar los fines superiores de la misma. Una de las principales manifestaciones del derecho-obligación que analizamos es la relativa a la prestación de alimentos que la ley impone a los consortes; pero, fundamentalmente, no se concreta exclusivamente a ese aspecto patrimonial. El deber de socorro también comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y, sobre todo, el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges. De esta suerte tenemos un contenido patrimonial en la obligación de alimentos y un contenido moral en el auxilio y ayuda de carácter espiritual que en nuestro derecho se reconoce expresamente por el artículo 147, así como por el 162, bajo los términos de 'ayuda mutua', 'socorro mutuo'.

Nuevamente aquí podemos comprobar la existencia de una sanción jurídica para el caso de incumplimiento, realizándose así la idea de KELSEN de que el deber es de tipo jurídico sólo cuando la conducta contraria está sancionada en alguna forma por el derecho. Podría pensarse, desde este punto de vista, que sólo el deber de alimentos es jurídico en atención a las sanciones correlativas y a la posibilidad de ejecución forzada; pero también el deber de asistencia es sancionado jurídicamente dado que su incumplimiento da lugar a configurar una ofensa grave y, por tanto, una causal de divorcio. Puede también implicar un hecho delictuoso si llega al abandono del cónyuge enfermo. Desde el punto de vista estrictamente civil los artículos 322 y 323 regulan principalmente las sanciones que se imponen al marido que abandona a su esposa,

pero el Código Penal en su artículo 336 castiga también el delito de abandono de un cónyuge en condiciones de inhumanidad que ponga en peligro su vida, su salud, su honra, o la estabilidad misma del matrimonio, como sería indiscutiblemente la negativa en los casos de enfermedad tanto de un cónyuge como de los hijos."

El matrimonio permite definir a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos, y consecuentemente, la administración de su persona y de sus bienes. En relación con los bienes de los cónyuges, la ley prevé los dos regímenes patrimoniales de los cuales, uno de ellos deberá regir en un matrimonio; se trata de la sociedad conyugal y de la separación de bienes (artículos del 183 al 218 del Código Civil.

"Los efectos del matrimonio respecto a los hijos -continúa su explicación ROJINA VILLEGAS- se aprecian desde los siguientes puntos de vista: a) Para atribuirles la calidad de hijos legítimos; b) Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, y c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad."

"..."

"a) El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo. El artículo 324 dispone:

‘Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.’

En consecuencia, por virtud del matrimonio se tiene ya la certeza, desde el punto de vista jurídico, de, que los hijos de la mujer casada que hayan sido concebidos a partir de su enlace, serán hijos de su marido, no admitiéndose, contra esta presunción otra prueba que la de haber sido físicamente imposible a éste tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento (art. 325) .

Al tratar de la filiación legítima nos ocuparemos de los problemas relacionados con la impugnación de la legitimidad del hijo que naciere dentro de los términos a que se refiere el artículo 324, así como de la acción que tiene el hijo para reclamar su estado. Por ahora debemos sólo determinar el efecto principal del matrimonio para atribuir la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo, sirviendo como título para demostrar esta calidad el acta de nacimiento del hijo en relación con el acta

de matrimonio de sus padres. Puede ocurrir que un hijo concebido durante el matrimonio de sus padres no haya sido registrado.

En este caso, aun cuando el artículo 340 determina que la filiación de los hijos legítimos se prueba con la partida de su nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres, el precepto siguiente permite que a falta de actas, o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se pruebe dicha calidad con la posesión constante de estado de hijo legítimo. 'En defecto de esta posesión -dice el artículo 341- son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.' 'Si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe el duplicado de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase."

"Puede ocurrir que falte el acta de matrimonio de los padres y, no obstante ello, mediando ciertas circunstancias, se tenga la calidad de hijo legítimo. El artículo 342 determina en qué casos, a pesar de dicha falta, se puede acreditar la calidad de hijo legítimo. Dice así: 'Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a esos hijos haber nacido de matrimonio por sólo la falta de presentación del acta del enlace de sus padres, siempre que se pruebe que tienen la posesión de estado de hijos de ellos o que, por los medios de prueba que autoriza, el artículo anterior, se demuestre la filiación y no esté contradicho por el acta de nacimiento.'

"Por ahora no nos incumbe tratar los problemas relacionados con la filiación legítima y la posesión de estado de hijo legítimo. Estas cuestiones serán analizadas al hacer el estudio de la filiación en general."

"b) Legitimación de hijos naturales por el subsecuente matrimonio de sus padres. Los artículos 354 a 359 regulan esta importante consecuencia, que en nuestro derecho sólo puede obtenerse por el matrimonio y no por un decreto del jefe del Estado, como sucede, por ejemplo, en el derecho italiano o alemán. Dice el artículo 354: 'El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio los hijos habidos antes de su celebración'."

"Para que el hijo goce de la calidad de legitimado con todos los derechos y obligaciones que se reconocen a los hijos legítimos, sus padres deberán reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o con posterioridad a él. El reconocimiento debe ser hecho por ambos padres, conjunta o separadamente. En el caso de que ya el hijo hubiere sido reconocido por el padre y en su acta de nacimiento constare el nombre de la madre, no será necesario el reconocimiento de ésta para que la legitimación surta todas sus consecuencias, tampoco será necesario el reconocimiento del padre, si ya se expresó su nombre en el acta de nacimiento. El artículo 357 permite que el reconocimiento de los hijos naturales, para los efectos de la legitimación, se lleve a cabo posteriormente al matrimonio de sus

padres. Esta circunstancia en nada afecta la situación jurídica del hijo legitimado que tendrá todos los derechos y obligaciones que la ley le otorga, no sólo desde el reconocimiento sino desde que se celebró el matrimonio de sus padres."

"Los efectos de la legitimación se extienden a las hijos que ya hubieren muerto al celebrarse el matrimonio de sus padres, si hubieren dejado descendientes. Es decir, la ley en el artículo 358 extiende las consecuencias de la legitimación no sólo a los hijos sino a todos sus descendientes. Por esta razón, aun cuando ya el hijo hubiere muerto, existe un interés jurídico digno de tutela en relación con sus descendientes y para tal efecto se permite que éstos gocen de los beneficios inherentes a la legitimación. También pueden gozar de ese derecho, con todas las consecuencias legales inherentes, los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce como su hijo al que ya está concebido o pudiera estarlo (art. 359).

"c) Certeza en cuanto a los derechos y obligaciones que impone la patria potestad. En nuestro derecho, a diferencia de otras legislaciones, el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues estos existen independientemente del mismo en favor y a cargo de los padres y abuelos, sean legítimos o naturales. Por este motivo, nuestro Código Civil al regular la patria potestad, no toma en cuenta la calidad de hijo legítimo o natural, sino que confiere ese poder al padre y madre, a los abuelos paternos y a los abuelos maternos, conforme al orden reconocido en el artículo 420, es decir, primero a los padres, a falta de ellos a los abuelos paternos y en su defecto a los abuelos maternos. En los artículos 415 a 418, expresamente el Código regula el ejercicio de la patria potestad para el caso de hijos naturales. Por consiguiente, el matrimonio sólo viene a establecer una certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad, respecto de los hijos legítimos."

"..."

"Conforme al sistema regulado por el Código Civil vigente, existen dos regímenes posibles en cuanto a los bienes al celebrarse un matrimonio: a) El de separación de bienes, y b) El de sociedad conyugal.

El artículo 98 fracción I del Código Civil exige que con la solicitud de matrimonio se presente el convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran después. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. En consecuencia, la ley no presume ningún sistema, sino que es obligatorio convenirlo expresamente. El Oficial del Registro Civil no deberá proceder a la celebración del matrimonio si no se cumple con este requisito previo de fundamental importancia."

"..."

"En la actualidad se persigue como principal fin el de realizar la seguridad jurídica entre los consortes por lo que toca a sus bienes, de tal manera que la certeza en cuanto al régimen queda definida, no por una presunción legal, sino por un convenio

que al efecto celebren los consortes."

La obligación alimenticia y la sucesión legítima se dan entre cónyuges así como entre parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grado en línea colateral hasta el cuarto grado (artículos 302, 305, 306, 1607, 1610, 1615, 1624, 1630 y relativos del Código Civil).

Podemos citar también como otros efectos positivos o negativos que la ley contiene, bien sea como consecuencia del matrimonio, del parentesco o de ambos, los siguientes:

- a) El parentesco en alguno de sus grados es impedimento para contraer matrimonio, según lo dispone el artículo 156 en sus fracciones III y IV del Código Civil;
- b) La tutela legítima de menores y demás incapacitados recae preferentemente en el cónyuge y en los parientes, bien sean ascendientes, descendientes o colaterales (artículos 483 y 486 del ordenamiento indicado);
- c) El patrimonio de familia, como lo señala el artículo 725, es en beneficio del cónyuge y de quienes están facultados para exigir alimentos a quien lo constituye, precisamente sus parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grado y en línea colateral hasta el cuarto grado;
- d) La prescripción no corre entre cónyuges por impedirlo el artículo 1167
- e) El cónyuge, los ascendientes, los descendientes y los hermanos de los herederos o de los legatarios no pueden ser testigos en testamento;

"Hay violencia --como lo dispone el artículo 1819- cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

## **2. Posesión de Estado**

La fuente generadora del estado civil es una serie de acontecimientos, unos naturales y otros voluntarios, que en todo caso producen las consecuencias jurídicas que aquél abarca. Así por ejemplo, el nacimiento, el reconocimiento de hijo, la adopción, el matrimonio y el divorcio, originan una serie de efectos jurídicos en las personas inmiscuidas.

Ahora bien, para la manifestación plena del estado civil, se requiere que en los

casos cuya fuente es un acontecimiento jurídico natural, se tome nota de ello en el Registro Civil. Así sucede precisamente con el nacimiento y con el fallecimiento y, en todo caso, sea acontecimiento natural o humano, que se otorgue el acta correspondiente con la satisfacción de los requisitos que la ley señala al efecto. El reconocimiento de un hijo, por ejemplo, deberá otorgarse por alguno de los medios que el artículo 369 del Código Civil establece para ello. Lo mismo puede decirse del matrimonio, cuyo otorgamiento habrá de ser en observancia de los requisitos y formalidades señalados en los artículos 97 y siguientes de dicho ordenamiento. Asimismo ello puede mencionarse a propósito a divorcio en sus dos posibilidades de trámite, es decir, divorcio administrativo y divorcio judicial y en general en todos aquellos acontecimientos relacionados como tales y generadores del estado civil de las personas.

Si la ley impone que para el asiento en el Registro Civil de los actos y hechos relacionados con el estado civil deban satisfacerse ciertos requisitos y éstos son efectivamente satisfechos, el apego a los lineamientos establecidos traerá consigo una manifestación plena y eficiente del estado civil de que se trate; es decir, ese estado comprenderá una situación jurídica que reconocerá su origen y fundamento en todo un sistema normativo respecto del cual se cumplieron las condiciones impuestas para tener a aquél como adquirido en toda su magnitud jurídica.

Si bien el apego a la situación normativa anotada, mediante la satisfacción de los requisitos legales correspondientes, implica el medio ideal desde el punto de vista, de una persona, con todo lo que ello trae aparejado, éste no es, debernos reconocer, el único medio para lo indicado. Paralelamente camina lo que por contra implica una carencia de normatividad y el único fundamento de la situación jurídica en la que el estado civil consiste; son hechos accesibles a ello, para derivar de los mismos que un estado civil determinado se está poseyendo.

En efecto, puede suceder que un sujeto haya sido presentado por su padre y por su madre al Registro Civil y así en esa dependencia oficial se tome nota del nacimiento de aquél. En esas condiciones, el presentado es titular del estado civil de hijo respecto de quienes como sus padres lo presentaron. Nada impide por el contrario, que en lugar de lo anterior, una persona no haya sido presentado como hijo a la oficina indicada para los fines correspondientes, sino que su filiación sea ajena al sistema normativo, de tal manera que su estado carezca de esa normatividad y dependa únicamente de situaciones de hecho consideradas como una mera posesión de estado.

Ejemplo de lo anterior es que alguien, sin haber sido presentado por otra persona al Registro Civil como hijo, use reiteradamente el apellido de aquélla, precisamente como su hijo; puede ser también que aquél así sea considerado por la familia de dicha persona y por la sociedad en general y como tal sea, tratado directamente por quien se considera su progenitor.

Precisamente en los tres supuestos anotados están los otros tantos elementos generadores de la posesión de estado de hijo, o sean, *nombre, trato y fama*; a ellos se

alude en los artículos 343, 382 y 384 del Código Civil, referentes a la posesión de estado de hijo procreado de matrimonio y a la posesión de estado de hijo procreado fuera de él. Dichos preceptos son objeto de transcripción a continuación:

"ART. 343.-Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio, por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

"I. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste;

"II. Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;

"III. Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 3.61."

"ART. 382.-La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:

"I. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

"II. Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre;

"III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;

"IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra del pretendido padre."

ART. 384.-La posesión de estado, para los efectos de la fracción II del artículo 382, se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre, o por su familia, como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento."

La posesión de estado reconoce su origen como figura jurídica en la posesión del Derecho Civil patrimonial. Como veremos en su oportunidad, existe la corriente mayoritaria de considerar a la posesión como el poder de hecho que una persona ejerce directa e inmediatamente sobre una cosa y que se observa paralelamente con la propiedad, ésta como el poder jurídico más amplio que una persona ejerce sobre una cosa y que le permite usarla y aprovecharse de ella sin más limitaciones que las establecidas por la ley.

En esas condiciones, la propiedad como derecho real implica una situación apegada al orden normativo, lo mismo sucede con el estado civil derivado de la observancia de los dispositivos legales, La posesión, por su parte, es según la corriente apuntada, meramente fáctica; es el poder de hecho ejercido por una persona sobre una cosa; la posesión de estado por su parte, es el hecho de ostentar un estado civil porque así se desprende del nombre usado, del trato directo recibido y de la consideración que de él tenga la sociedad.

### **3. Fuentes del estado civil**

El estado civil reconoce como sus fuentes generadoras al parentesco (especialmente al consanguíneo), al matrimonio, al divorcio e inclusive al concubinato, porque todos ellos provocan consecuencias jurídicas atribuibles a las personas inmiscuidas o en su caso, forman parte de las relaciones y situaciones que dichas figuras traen consigo. Además, el orden seguido en su señalamiento, es a su vez el tenido por ellas en su importancia.

El parentesco consanguíneo y el matrimonio son las dos fuentes más importantes del estado civil. De ellos, el primero, en un sistema legal como el nuestro, que establece una plena igualdad en las situaciones jurídicas de los hijos procreados por un matrimonio y de quienes lo fueron en una relación fuera de matrimonio, es la fuente del estado civil más importante, pues pone en movimiento la plenitud de consecuencias jurídicas producto de la filiación con independencia a que la pareja progenitora haya estado o no casada cuando la procreación.

En otros sistemas en los cuales los derechos de los hijos procreados durante la vigencia de un matrimonio son más que los de los hijos no matrimoniales, el matrimonio tiene una importancia mayor comparada a la del parentesco por consanguinidad, pues se requiere de aquél para esa producción plena de efectos jurídicos.

Por el contrario, si de la filiación del hijo no matrimonial derivan iguales derechos a los otorgados al matrimonial, ello hace considerar al parentesco consanguíneo como la fuente principal del estado civil.

Además, por ley natural, todos los individuos tenemos ascendientes; ello trae aparejado un estado civil insalvable, subsistente aunque en un momento dado los ascendientes hayan fallecido, pues al momento de la concepción, por naturaleza, ambos progenitores vivían; puede ser por el contrario, que no se tengan descendientes o colaterales, pero los ascendientes son indefectibles, aún en los supuestos de evolución que la ciencia ha alcanzado por la inseminación artificial ya que ni el semen ni el óvulo tienen sustituto, los que no obstante el fallecimiento de quien respectivamente hayan provenido, requieren conservar sus cualidades procreadoras y por ello estar en actividad.

El vínculo jurídico que el parentesco consanguíneo implica, trae consigo como las demás fuentes, tanto relaciones de carácter patrimonial como de otras no valorizables en dinero. Tal es el caso del derecho a una porción hereditaria, del derecho a exigir alimentos y del de llevar el apellido de los progenitores.

El matrimonio, por su parte, no es indefectible como sí lo es el parentesco consanguíneo en línea ascendente; hay personas siempre en soltería. Sin embargo, contraer matrimonio genera consecuencias jurídicas para los cónyuges y para los hijos

de éstos. Más aún, también produce consecuencias jurídicas entre el marido y los parientes consanguíneos de la mujer y viceversa. Estas últimas consecuencias se aglutinan en el parentesco llamado por afinidad señalado en el artículo 294 del Código Civil, con una serie de efectos negativos como son el que entre parientes afines no hay obligación alimenticia ni relación sucesoria; no pueden contraer matrimonio entre sí, cuando son en línea directa, etc. En sentido opuesto observamos, sin embargo, la causahabencia en el arrendamiento habitacional señalado en el artículo 2448-H del Código Civil, por ese afán proteccionista de la ley a la clase inquilinaria.

El divorcio también genera consecuencias jurídicas; los divorciados requieren esperar el plazo establecido por la ley para poder volver a contraer matrimonio, sea de dos años el cónyuge que dio lugar al divorcio o de un año, si ese trata de un divorcio por mutuo consentimiento. El cónyuge inocente puede contraer matrimonio tan pronto el vínculo matrimonial anterior quedó disuelto, salvo si se trata de la mujer, pues ésta debe esperar 300 días a partir de haberse decretado la separación de los cuerpos como medida inicial en el procedimiento relativo, y así poder dejar definida la filiación en su caso. A ello se refieren los artículos 158 y 269 en relación con el 264, fracción II, del Código Civil.

Algunas otras de las consecuencias originadas por el divorcio para los divorciantes, son las señaladas en el artículo 283 del Código civil, que ordena al juez fijar en la sentencia correspondiente cuál es la situación resuelta respecto de la patria potestad sobre los hijos, es decir, qué cónyuge, o si ambos continuarán con su ejercicio, y en su caso, por cuanto tiempo se suspenderá o limitará e inclusive, llegará, a perderse por alguno de ellos.

Otra consecuencia del divorcio se contiene en el artículo 286. Según ordena, el cónyuge propiciador del mismo perderá todo lo dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración al matrimonio; por contra, el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo que se le hubiere ofrecido. Asimismo, a consecuencia del divorcio puede surgir la obligación alimenticia a cargo de uno de los divorciados como deudor alimentario y a favor del otro como acreedor alimentista; así lo indica el artículo 288 de nuestro Código Civil conforme al cual cuando un cónyuge fue declarado culpable en el juicio de divorcio necesario, puede ser condenado al pago de alimentos en favor del cónyuge inocente y no sólo, sino además, se refiere también a los casos de divorcio por mutuo consentimiento. El mismo precepto establece en el último de sus párrafos que cuando por el divorcio se originaren daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable deberá indemnizar a aquel por dichos menoscabos, como autor de un hecho ilícito.

El régimen jurídico provocado por el concubinato respecto de la pareja que lo vive es el siguiente:

Según el artículo 1368 del Código Civil, la concubina o el concubinario debe dejar alimentos a su pareja con quien hubiere vivido durante los últimos cinco años inmediatamente anteriores a su fallecimiento o con quien tuvo hijos, con la salvedad de que ambos debieron haber permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y

que el sobreviviente esté imposibilitado de trabajar y no tenga bienes suficientes. El derecho concedido por el precepto indicado subsistirá por así señalarlo el propio dispositivo, mientras el alimentista no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió al mismo tiempo en vida marital, como si fueran sus cónyuges, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

Por otro lado, el artículo 1635 de nuestro ordenamiento civil, prevé, bajo el rubro del capítulo "de la sucesión de los concubinos", los supuestos en que concubina y concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente. El precepto indicado es del tenor siguiente:

"ART. 1635.-La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

"Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará."

#### **4. Caracteres**

"El estado civil de una persona -enseñan los MAZEAUD- es su situación jurídica. El estado civil *está, pues, unido a la persona*, como la sombra al cuerpo. Más estrechamente todavía. Es la imagen jurídica de la persona. ¿No está nuestra imagen más cerca de nosotros que nuestra sombra? *Esa relación íntima es la que explica los tres caracteres particularismos del estado civil: indivisibilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad.*"

"El estado civil presenta un cuarto carácter es susceptible de posesión."

"Aunque el estado civil tiene aspectos múltiples: un aspecto nacional, un aspecto familiar y, en cierta medida, un aspecto social, forma un conjunto, no obstante; ese conjunto es el reflejo de nuestra personalidad. Así como no podemos tener más que una personalidad, así también *no podemos tener más que un estado civil*: no se es a la vez francés y extranjera; un hijo no es, a la par, legítimo y natural. Es la indivisibilidad del estado civil.

"En principio, una persona puede disponer de todos sus bienes: venderlos, donarlos, cambiarlos, arrendarlos, adquirir otros nuevos. Por el contrario, *no resulta posible disponer de nuestro estado civil*; como reflejo de nuestra personalidad, no puede ser separada de ella. Toda convención por la cual quisiéramos disponer de

nuestro estado civil o adquirir un estado nuevo, sería nula por tanto. Asimismo, no cabe renunciar por anticipado a prevalerse del propio estado civil: un hijo natural no podría renunciar a alegar su filiación contra su padre; esa renuncia sería nula. Resulta de ello que toda transacción sobre el estado civil está prohibida; transigir, es renunciar al derecho de acudir a los tribunales, y al mismo tiempo, abandonar una parte de los propios derechos transigir es, pues, disponer; por eso no cabe transigir sobre el propio estado civil."

"El estado civil, por estar indisolublemente unido a la persona, no puede nacer y desaparecer sino con ella. Por consiguiente, no es posible perder el propio estado civil o adquirir otro por el transcurso de cierto lapso, por ese medio de extinción o de adquisición de los derechos que se llama la prescripción; el estado civil es imprescriptible."

"1° *No cabe perder el propio estado civil por el transcurso del tiempo.* Un derecho ordinario se pierde por la prescripción extintiva: un acreedor que permanezca más de treinta años sin reclamar ni el principal ni los intereses, no podría exigir ya el pago de su crédito. Por el contrario, el estado civil es intangible; poco importa que una persona permanezca treinta años sin reclamar el estado civil que es el suyo; no lo ha perdido, puede reclamarlo todavía."

"2° *No cabe adquirir un estado civil por el transcurso del tiempo.* El hecho, para quien no sea propietario de un bien, de comportarse durante cierto tiempo cual si lo fuera, puede tener como consecuencia conducirlo a la propiedad: la posesión prolongada puede llevar a adquirir la propiedad; la prescripción adquisitiva o usucapión es un medio de adquirir la propiedad; de ello resulta que el propietario cuyo bien es usucapido por un poseedor, pierde su derecho de propiedad."

"No sucede así en materia de estado civil. El hecho de atribuirse un estado civil a que no se tenga derecho, no convierte en titular de ese estado a la persona que lo posea, ni siquiera luego de una posesión prolongada."

"Siendo el estado una cualidad de relación de las personas -apunta por su parte ROJINA VILLEGAS- es evidente que no puede separarse de las mismas, ni ser objeto de transacción o enajenación. Tampoco el estado puede considerarse como un bien de orden patrimonial, susceptible de transferencia y de prescripción en forma positiva o negativa. En sentido lato el estado de las personas es un valor de orden extrapatrimonial y, por tanto, indivisible e inalienable. La naturaleza moral del estado impide a los acreedores de una persona intentar acciones para exigir que se atribuya a aquélla tal estado, cuando le sea desconocido o que se le reconozca con la plenitud de efectos en la hipótesis de que se afecte parcialmente su situación jurídica. Tampoco los acreedores tienen el derecho de intentar acciones o procedimientos para desconocer a un sujeto el estado social o familiar que ostente."

## **5. Prueba del estado civil**

El único medio por el que en principio, el estado civil de las personas puede probarse conforme a la ley, son los asientos del Registro Civil. Así se desprende de los artículos 39 del Código Civil, que es aplicable al estado civil en general, y 340 del propio ordenamiento, disposición destinada especialmente para fijar la filiación de los hijos procreados en matrimonio.

El texto de los preceptos citados es el siguiente:

"ART. 39.-El estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley."

"ART. 340. La filiación, de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres."

Ahora bien, no obstante lo ordenado por los preceptos transcritos para ambas situaciones, sea en general para cualquiera correspondiente al estado civil o en particular para la filiación de los hijos procreados durante matrimonio, la ley prevé algunas salvedades a los principios apuntados. Así, conforme al artículo 40 de nuestro Código, cuando no hayan habido registros o éstos se hayan perdido, estuvieren ilegibles o faltaren las formas en las que era de suponerse estaba el acta correspondiente, se podrá recibir prueba del acto por cualquier documento o por testigos. El artículo 341 del Código Civil señala en el mismo sentido que ante la falta, defecto o falsedad de las actas, el estado de hijo nacido de un matrimonio se probará por la posesión de estado de parte del interesado; en defecto de esta posesión, por cualquier medio de prueba autorizado por la ley, pero la prueba testimonial sólo será admitida si hay otro principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos considerados lo suficientemente sólidos para determinar su admisión.

A mayor abundamiento, el artículo siguiente reconoce la procreación como de matrimonio, de quien tiene la posesión de estado de hijo de una pareja que hubieren vivido públicamente como marido y mujer, sin necesidad de justificar el matrimonio de éstos, siempre y cuando pruebe tener esa posesión de estado o por cualquier medio de prueba que muestre su filiación.

## **6. Acciones del estado civil**

Una persona puede ostentar un estado civil que no le corresponde; tal sería el caso del hijo adulterino que la ley presume es hijo del marido de la madre y en la realidad éste no fue su progenitor, precisamente por una relación sexual adulterina de la madre. En esas condiciones, quien no es el padre podrá demandar la impugnación de la paternidad, señalada y en el supuesto de los artículos 325, 326 y otros del Código Civil. Con el ejemplo se ilustra una acción del estado civil de las conocidas como de desconocimiento de estado.

Por el contrario, puede haber quien tenga derecho y le corresponda un estado civil determinado y no la ostente por no estar satisfechos los requisitos establecidos por la ley. Así puede suceder con el hijo no reconocido, quien no obstante su filiación, la falta de presentación para ello en el Registro Civil o de reconocimiento por cualquiera de los medios establecidos por el artículo 369 de nuestro código, no tenga jurídicamente el carácter de hijo de dichas personas. Quien esté en el supuesto indicado, puede ejercitar la acción de investigación de la paternidad prevista, en los artículos 382 y siguientes del Código Civil. Esta acción, por su finalidad, cae bajo el rubro de las acciones de reclamación de estado.

## **7. El Registro Civil**

El Registro Civil puede definirse como la institución que tiene por objeto hacer constar de manera auténtica y a través de un sistema organizado, todos los actos y hechos relacionados con el estado civil de las personas, mediante la intervención de funcionarios oficiales investidos de fe pública, para que las actas que éstos extiendan y los testimonios por ellos expedidos tengan un valor probatorio pleno en juicio y fuera de él.

"El Registro Civil -afirma ROJINA VILLEGAS de cuyo parecer partimos para la definición anterior- es una institución que tiene por objeto hacer constar de una manera auténtica, a través de un sistema organizado, todos los actos relacionados con el estado civil de las personas, mediante la intervención de funcionarios estatales dotados de fe pública, a fin de que las actas y testimonios que otorguen, tengan un valor probatorio pleno, en juicio y fuera de él. El Registro Civil, no sólo está constituido por el conjunto de oficinas y libros en donde se hacen constar los mencionados actos, sino que es fundamentalmente una institución de orden público, que funciona bajo un sistema de publicidad y que permite el control por parte del Estado de los actos más trascendentales de la vida de las personas físicas: nacimiento, matrimonio, divorcio, defunción, reconocimiento de hijos, adopción, tutela y emancipación."

Se trata ciertamente, de una institución con una antigüedad remontada a los últimos decenios del siglo XVIII pues surge a raíz del triunfo de la revolución francesa que trajo consigo la secularización de los registros parroquiales, considerados éstos como los antecedentes del registro civil. Los parroquiales a su vez, tienen su origen en el Concilio Ecuménico de Trento celebrado a mediados del siglo XVI en el que se acordó la creación de tres registros, uno para nacimientos, otro para matrimonios y el tercero para defunciones.

En México, después del mismo antecedente, pues la conquista trajo los registros parroquiales y durante la colonia y los primeros años de la independencia éstos estuvieron instalados y funcionando como órganos registrales oficiales, es con las Leyes de Reforma que el registro se seculariza y se crea el Registro Civil, organizado por el Código Civil de 1870 y reglamentado al año siguiente.

La importancia del Registro Civil no sólo es obvia en cuanto a su realidad, sino además es de alcances insospechados en cuanto a la trascendencia jurídico social a él inherente, pues en dicha institución son objeto de inscripción y de concentración todos los acontecimientos relativos a la individualidad e identidad de todos los seres humanos; ello se traduce a su vez en el único medio para controlar la seguridad jurídica, de las relaciones intersubjetivas.

Por ello, la autoridad administrativa competente no debe escatimar esfuerzo alguno para mantener la institución en el mayor grado de eficiencia y honestidad, éstas no admiten limitación para garantizar así la seguridad y certeza requeridas por la personalidad, que es el valor más grande de todo individuo. Una atención adecuada asegurará, en ese renglón, una convivencia social sujeta y controlada por el orden jurídico.

El objeto del Registro Civil es, como dijimos, hacer constar de manera auténtica y a través de un sistema organizado, los actos y hechos relacionados con el estado civil de las personas. Lo anterior plantea dos cuestiones, la primera consistente en determinar cuáles son esos actos y hechos y la segunda cómo es la mecánica del sistema indicado.

El Código Civil establece y regula la expedición, con su respectivo procedimiento, de las actas relativas al nacimiento (artículo del 54 al 76), al reconocimiento de hijo (artículos del 77 al 83) , a la adopción (artículos del 84 al 88) , a la tutela (artículos del 89 al 92) , a la emancipación (artículo 93) , al matrimonio (artículos del 97 al 113) , al divorcio (artículos del 114 al 116) , al fallecimiento (artículos del 117 al 129), y a las resoluciones ejecutorias que declaren o modifiquen el estado civil (artículos del 131 al 133).

El sistema para el funcionamiento del Registro Civil ha sido objeto de reformas e innovaciones durante la vigencia del código de 28. Algunas de esas reformas pueden considerarse importantes para prestar un mejor servicio a quienes lo requieren; otras reformas, por el contrario, han sido totalmente inútiles y carentes de justificación.

En efecto, en consideración a que las funciones que ejerce quien está encargado como titular del Registro Civil carecen por completo de cualquier contenido de carácter jurisdiccional, el Código Civil, según su texto original, llamó Oficial del Registro Civil a dicho funcionario. Por contra, sin existir razón alguna, en el *Diario Oficial* del 14 de marzo de 1973, apareció publicado el decreto por el cual se modificaron todos los artículos del Código Civil que aludían al "Oficial del Registro Civil", para cambiar su denominación por la de "Juez del Registro Civil". A ellos, con la única excepción del artículo 951 que se reformó por la nueva ley de condominios, se limitó la labor legislativa del año de 1973 en materia civil.

Por el contrario, y sin perjuicio de tener en cuenta que el sistema anterior debe continuar siendo aplicable en determinados supuestos, las reformas de que el Código Civil fue objeto en el título relativo al Registro Civil publicadas el 3 de enero de 1979, transformaron substancialmente su sistema de operatividad.

En efecto, a propósito de lo señalado, el sistema original se fincaba en lo siguiente:

1. El asiento de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, tenía lugar en 7 libros que debían llevarse por duplicado, por la seguridad que brindaba la existencia de un ejemplar gemelo, si por alguna circunstancia uno de los ejemplares se extraviaba, destruía o mutilaba, o por cualquier otra causa dejaba de ser fuente de información.

2. Esos libros estaban distribuidos como sigue: El primero para actas de nacimiento y de reconocimiento de hijos; el segundo para las de adopción; el tercero para actas de tutela y emancipación; el cuarto para las de matrimonio; el quinto para actas de divorcio; el sexto para las de fallecimiento y el séptimo para inscribir las ejecutorias de ausencia, presunción de muerte o pérdida de capacidad para administrar bienes.

Todas las actas del Registro Civil debían asentarse en los dos ejemplares de los libros correspondientes, so pena de nulidad y de destitución del encargado del Registro Civil infractor.

3. Si llegare a perderse o destruirse uno de los ejemplares, posibilidad que subsiste, pues aun cuando en la actualidad: las actas ya no se asientan en libros, éstos existen por el sistema anterior, cualquier constancia deberá, sacarse inmediatamente del otro ejemplar.

4. Los libros del Registro Civil en sus dos ejemplares permanecieron bajo el cuidado del titular de cada una de las oficinas establecidas durante el año corriente. En el mes de enero del año siguiente debía remitirse uno de los ejemplares al Archivo judicial del Distrito Federal y conservaba el otro. Hay juzgados del Registro Civil en el Distrito Federal que remitieron el ejemplar que correspondía al Registro Civil a su oficina central; otros en cambio lo conservaron; el tratamiento diverso tiene su origen en la división territorial por partidos judiciales y delegaciones que prevalecía años antes

en el Distrito Federal.

En la actualidad, para agilizar el asiento de las actas del Registro Civil y la expedición de las copias correspondientes, se suprimió el sistema de libros y se estableció el de folios o formas sueltas; una vez utilizadas, deben empastarse ordenadamente. Congruente con lo anterior, de conformidad con lo señalado por los artículos 35, 36 y 37 del Código Civil en su texto actual, los jueces del Registro Civil asentarán mecanográficamente y por triplicado las actas en las que consten los actos del estado civil únicamente en las formas especiales, denominadas "formas del Registro Civil".

Según el Manual de Organización del Registro Civil, publicado en la *Gaceta Oficial* del Departamento del Distrito Federal correspondiente al 15 de octubre de 1980 y cuya creación tuvo lugar seguramente por la serie de deficiencias y contradicciones padecidas por el Código Civil en la regulación de la materia, pues lo que únicamente hizo en su oportunidad, fue limitarse a suprimir libros por formas, periódicamente, de acuerdo con un calendario establecido, los diversos juzgados remitirán las formas usadas, a la Oficina Central del Registro Civil para ser encuadernadas.

A propósito del sistema actual, es pertinente referirnos a lo siguiente:

Si bien el sistema de libros es un medio complicado y engorroso para hacer los asientos correspondientes al estado civil de las personas, no por ello puede sacrificarse, como se ha hecho, la seguridad en la existencia y veracidad del contenido de las actas del Registro Civil.

En efecto, si bien el sistema tradicional de libros fue complejo en su operatividad, y dio lugar a errores por el llenado independiente de la dualidad de ejemplares, y ello se supera con la anotación mecanográfica por triplicado de los datos correspondientes en las formas relativas, por lo que dichos datos no pueden variar, difícil creemos, por contra, que logre llevarse el orden y cuidado suficientes, para la conservación, colección y encuadernación de las formas sueltas; ello ocasionará graves trastornos en un renglón tan importante de la vida de una sociedad. Son urgentes por lo anterior, dispositivos adecuados para la dinámica del Registro Civil, pero con toda seriedad y escrúpulo.

Por lo demás, a propósito del Registro Civil en su aspecto práctico, es de tenerse en cuenta lo siguiente:

a) Sus actos no son personalismos, esto es, cuando los interesados no pueden acudir personalmente a la oficina del Registro Civil, podrán hacerse representar por apoderados, mediante simple carta poder firmada ante testigos; si se trata de reconocimiento de hijo o de matrimonio, como excepción, el poder debe ser en escritura pública o en carta poder con el reconocimiento de firmas bien sea ante notario, ante juez de lo familiar o ante Juez de paz, tanto del otorgante como de los testigos. Así lo dispone el artículo 44 del Código Civil.

b) Los testigos que intervengan en las actas del Registro Civil deben ser mayores de edad (artículo 45).

c) El Registro Civil es público, el acceso permitido a cualquier persona implica la posibilidad de todos para solicitar y obtener testimonios de sus actas o de cualquier documento relacionado (artículo 48).

d) Conforme al artículo 134 del Código Civil, una rectificación o modificación de un acta del estado civil, sólo puede hacerse con sujeción al procedimiento seguido en tribunales y por sentencia ejecutoria.

Esa rectificación se da únicamente por las causas señaladas por el artículo 135; son la falsedad o la enmienda; la primera tiene lugar cuando se contradiga lo registrado y la segunda cuando se pretenda corregir algún nombre u otra circunstancia, sea esencial o accidental.

Hay ocasiones en las cuales, el error es tan evidente que aun cuando recaiga sobre los nombres, sea por la inexactitud de algún apellido o por cualquier otra circunstancia, que seguir todo un procedimiento judicial para su rectificación resulta innecesario. Lo anterior dio lugar a la creación del artículo 138 bis, el cual permite más que rectificar, aclarar las actas por errores mecanográficos u ortográficos, mediante una tramitación rápida y sencilla ante la propia oficina del Registro Civil.

## IV. EL PATRIMONIO

### 1 Definición y elementos

El patrimonio, en términos generales, es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituyen una universalidad jurídica.

'Patrimonio -asevera PLANIOL- es el *conjunto de derechos y obligaciones de una persona, apreciables en dinero*. Si se quiere expresar el valor del patrimonio con una cifra, es necesario sustraer de su activo el pasivo, conforme al adagio 'Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno'.

"Viene la palabra 'patrimonio' -ilustra DE IBARROLA- del latín *patrimonium* bienes que el hijo tiene, heredados de su padre y abuelos. Definámoslo como el conjunto de los derechos y compromisos de una persona, *apreciables en dinero*. Si se deseara reducir el patrimonio a números, tendría que deducirse el pasivo del activo, y ello nos lo dice claramente la vieja máxima latina: *Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*."

El concepto anterior nos sugiere algunos comentarios, como son:

a) El patrimonio de una persona se integra por dos elementos; el primero es su activo; se compone por todo aquello de contenido económico que favorece a su titular, esto es, el conjunto de bienes y derechos pertenecientes a una persona. El otro elemento, el pasivo del patrimonio, está integrado por todo lo de contenido económico que es a cargo del mismo titular, o sean, obligaciones cuyo conjunto componen su aspecto negativo.

Como el activo del patrimonio es la garantía genérica de una persona frente a sus acreedores, para que éstos en el momento procedente puedan preservar especialmente sus créditos y hacerlos efectivos en su caso, lo ideal es que el activo supere al pasivo; lo contrario, o sea, un pasivo mayor, hará que acreedores del sujeto cuyo patrimonio esté en tales condiciones, vean la seguridad de sus créditos en peligro, pues los bienes y derechos de contenido económico que formen parte de ese patrimonio, no serán suficientes para cubrir la totalidad de las obligaciones soportadas por el mismo.

En efecto, el deudor responde a sus acreedores con la totalidad de sus bienes, sean presentes o futuros. Ello es un principio general; se conoce como la "prenda general tácita del deudor". En ese sentido, el artículo 2964 del Código Civil establece que "el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que conforme a la ley sean inalienables o no embargables".

Así, mientras esos bienes sean de un valor mayor al del monto de las obligaciones, todos los créditos contra el titular de un patrimonio podrán verse asegurados y satisfechos; por el contrario, cuando el monto del pasivo del patrimonio sea mayor al valor de los bienes y derechos del mismo, se caerá en la insolvencia, explicada por el artículo 2166 de nuestro código, la cual se da, conforme a dicho precepto, "cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala el importe de sus deudas..."

b) Los bienes y derechos activo del patrimonio y las obligaciones su pasivo deben ser apreciables en dinero para que sean parte integrante de aquél. Deben tener un contenido económico; lo que carezca, de ese contenido no corresponde al patrimonio del sujeto; se tratará ciertamente de derechos de la titularidad del sujeto, mas no forman parte de su patrimonio.

c) Hay a propósito derechos extrapatrimoniales como los derivados del estado civil, los de Derecho de Familia, los derechos de la personalidad. Estos últimos, como su denominación lo indica, corresponden precisamente a la personalidad y no al patrimonio del sujeto; más bien éste también corresponde a esa personalidad. Tan es así, que el patrimonio se suma a los atributos de la personalidad.

d) El patrimonio constituye una universalidad jurídica. Es un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, que constituyen una unidad abstracta; como tal, permanece invocada no obstante que sus elementos, trátase de bienes, de derechos, de obligaciones, etc., cambien por otros, así unos salgan del patrimonio, otros entren y otros más permanezcan.

Sean los bienes y derechos o las deudas por el contrario, en un momento dado unos y otras pueden cambiar, perderse, incrementarse en número, en fin, el patrimonio es objeto de una modificación constante en cuanto a su contenido, pues sus ingredientes en particular pueden cambiar y dejar de serlo por las circunstancias más simples. Sin embargo, el patrimonio siempre será el mismo, sin alteración alguna.

## **2. Contenido del activo y contenido del pasivo del patrimonio**

El patrimonio tiene – decíamos - un aspecto positivo, que representa y en su caso incrementa el haber económico del sujeto; es su *activo*. Como contrapeso a lo anterior, está lo negativo patrimonial; es lo debido por la persona, los compromisos jurídico-económicos a su cargo y que integran el pasivo de su patrimonio. Esos compromisos, estarán a su vez en el activo del patrimonio de otros sujetos.

### **A) Activo**

Los componentes únicos del activo de un patrimonio son los derechos reales y los de crédito. Los primeros son una serie de poderes jurídicos, de manifestaciones de señorío del sujeto respecto de los bienes sobre los cuales esa potestad legal recae y que las demás personas están obligadas a respetar y a no estorbar su ejercicio. Los segundos son prestaciones o abstenciones de contenido económico que el titular de ese patrimonio como acreedor, puede exigir en cada caso a uno o varios sujetos en particular, sus respectivos deudores en la relación jurídica que surge entre éstos y aquél.

Los derechos de crédito son también conocidos, con menos fortuna por cierto, como derechos personales. Este último calificativo no es adecuado dada la confusión que provoca, pues con ello también se alude a una situación de intransmisibilidad tanto por acto entre vivos como por causa de muerte.

"El derecho de crédito —advierten RIPERT y BOULANGER- es llamado *derecho personal*. Esta expresión es de origen latino, pues los romanos llamaban *actio in personam* a la acción por la cual un acreedor hacia valer su derecho. Llamamos del mismo modo *acciones personales*, a las acciones que pueden ejercer los acreedores (art. 2262, C. Civil art. 59, C. Proc. Civ.). De allí proviene la costumbre muy divulgada de aplicar el calificativo de 'personal' al mismo derecho de crédito; este uso fue favorecido por la circunstancia de que el término 'derecho personal' forma una perfecta antítesis con el término 'derecho real'."

"No obstante este término es inadecuado y merecería ser abandonado porque la expresión 'derecho personal' es *anfíbológica*.. Además, del sentido que se acaba de indicar, tiene por lo menos otros dos. Designa: 1° los *derechos intransmisibles*, que mueren con su titular, como el usufructo; 2° los *derechos inembargables*, que los acreedores de una persona no pueden ejercer por su titular como lo permite en general el art. 1166. Esto acuerda tres sentidos a la misma expresión, lo que es lamentable."

En efecto, la ley califica en ocasiones como personales, a derechos que pueden ser reales, pero en el concepto de que su calificativo es para referirse a esa intransmisibilidad. Tal es el caso por ejemplo del artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que excluye de la posibilidad de ser fideicomitidos a los bienes y derechos *estrictamente personales* del fideicomitente. Además, conforme al artículo 956 del Código Civil que regula los alcances del derecho del copropietario respecto de la cosa común, "todo condueño tiene la plena propiedad de la parte alícuota que le corresponda y la de sus frutos y utilidades -o sea, es por ello titular de un derecho real- pudiendo en consecuencia, enajenarla, cederla, o hipotecarla, y aún substituir a otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de un derecho personal" - como se ve la ley se coloca en el supuesto de un derecho real que puede ser personal cuando realmente debe entenderse *personalísimo* y por eso *intransmisible*-

Así pues, todo aquello que compone el activo de un patrimonio es, o un derecho real, como el poder jurídico del sujeto directamente ejercido sobre un bien, o se trata, en su caso, de un derecho de crédito, como la prestación o abstención que el sujeto como acreedor puede exigir de otro como deudor. Bajo el primero y el segundo supuestos, en ambos casos son valorizables en dinero.

#### a) *Derechos reales*

El derecho real suele definirse como el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa, que le permite su aprovechamiento total o parcial en sentido jurídico y es además oponible a terceros. La definición ofrecida nos hace tener en cuenta lo siguiente:

1° Se trata efectivamente de un poder jurídico, de un señorío, de una situación que permite al sujeto titular tener en si una potestad, en la medida de los alcances de su derecho, sobre la cosa que aquélla recae y cuya explotación jurídica y ostentación es de su exclusividad.

2° Ese poder se ejerce de manera directa e inmediata sobre la cosa; se tiene en la cosa misma, no depende en su dinámica de conductas de personas ajenas.

3° Permite al titular el aprovechamiento total o parcial en sentido jurídico total cuando el sujeto puede usar, disfrutar y disponer de la cosa; ello tiene lugar sólo en el derecho de propiedad, como el derecho real en el que la potestad jurídica aludida se manifiesta en plenitud. Es parcial por su parte, cuando el sujeto sólo tiene en su patrimonio la posibilidad de usar y disfrutar o de disponer de la cosa; se presenta con el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre y aún con la misma propiedad, pero desprovista de su derecho a usar y disfrutar y sólo con la titularidad de la posibilidad de disponer; en este último supuesto se tiene la nula propiedad (propiedad desnuda).

4° En la propiedad, por ejemplo, principal manifestación del derecho real, su

titular no tiene frente a sí a persona alguna como sujeto pasivo; en otros derechos reales, como el usufructo, el uso y la habitación, si bien el usufructuario, el usuario o el habituario en su caso, tienen como sujeto pasivo determinado al propietario, el ejercicio del derecho de cualquiera de aquellos no depende de una conducta de éste; es con independencia a esa conducta y existe en todo caso la obligación de cualquier tercero de respetar el ejercicio del derecho en cuestión y su titularidad misma.

#### *b) Derechos de crédito*

El Derecho de crédito en tanto, es la relación jurídica por la que una persona, el acreedor, está facultado para exigir de otra, el deudor, una prestación de dar o de hacer o una abstención, en todo caso de carácter patrimonial.

Del concepto anterior se desprende lo siguiente:

1° Estamos ante una relación jurídica en la cual un sujeto individualmente determinado, el acreedor, es el titular del derecho contra otra persona también individualizada, que es el deudor; ambos están invariablemente identificados.

2° El deudor está entre el titular del derecho de crédito y el objeto de la prestación debida; aquél puede cumplir voluntariamente o no con dicha prestación; en este último supuesto podrá ser constreñido coercitivamente a ello.

"El objeto del derecho de crédito -subraya DE CASTRO y BRAVO- *no está* en el patrimonio del titular. Tal derecho recae sobre y depende de la conducta del deudor, de su voluntad y de su posibilidad de dar, hacer o no hacer."

"La conducta del deudor queda vinculada u obligada respecto al titular del patrimonio; pero éste carece de facultades directas sobre el objeto debido; solo podrá pedir que se satisfaga un crédito o que judicialmente se tomen medidas para su aseguramiento y pago."

"Los acreedores del titular del patrimonio, en cuyo activo está el derecho de crédito, no encuentran el bien a que aquel se refiere, en la masa directamente ejecutable. Depende su realización de la voluntad y de la solvencia del titular de otro patrimonio. Podrán, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor, para realizar cuanto se les debe, embargar y ejercitar los derechos de crédito de éste, con el mismo fin(art. 1.111); pero, entonces, después de haber tenido que concurrir entre si los acreedores del titular del patrimonio, habrán de concurrir, en su caso, también con los acreedores de quien esté obligado por el crédito que se ejercita."

3° Del deudor se puede exigir una prestación de dar o hacer, esto es, puede exigirse una cosa o un hecho, o puede tratarse en su caso, de una abstención, es decir, que el deudor no haga algo, pero en todo caso, trátase de prestación o de

abstención, una u otra son valorizables en dinero.

*c) Teorías que los explican relacionadamente*

La distinción entre el derecho real y el de crédito no ha sido unánimemente aceptada. Existen ciertamente las tesis llamadas dualistas. Estas señalan una separación clara entre unos y otros; es el caso de la Escuela de la exégesis en Francia y la teoría económica de BONNECASE. Contra las teorías dualistas están la tesis personalista sustentada por ORTOLÁN, PLANIOL y DEMOGUE, que asimila los derechos reales a los de crédito. Por contra, la tesis objetivista o realista de GAUDEMET, JALLU GAZÍN y SALEILLES, sostiene que los derechos de crédito son también derechos reales. Hay otras doctrinas eclécticas; hacen prevalecer una identidad en el aspecto externo de ambos derechos y una distinción en el interno.

"En la tesis monista -reseña ROJINA VILLEGAS- existen dos variantes:

La primera representada por la escuela personalista de ORTOLAN, PLANIOL y DEMOGUE. En la segunda, JALLU y GAZIN, constituyen la teoría objetivista o realista. La primera tendencia afirma que el derecho real tiene la misma naturaleza, que el personal. Para sustentar esta tesis, primero se hace la crítica, a la teoría clásica. ORTOLAN (*Generalización del Derecho Romano*, traduc. de Pérez Anaya y Pérez Rivas, Madrid, 1887, pág. 88) inicia esta crítica, que después desarrolla PLANIOL."

"Sostienen dichos autores que no es exacto que haya una relación jurídica directa e inmediata entre la persona y la cosa; que es un axioma incontrovertible que las relaciones jurídicas necesariamente deban fincarse entre sujetos; que, por consiguiente, en toda relación jurídica, existen un sujeto activo y un sujeto pasivo, así como un objeto; que el derecho real como tal implica una relación jurídica, por lo que necesariamente debe tener un sujeto activo y un sujeto pasivo; que BAUDRY LACANTINERIE, al afirmar que el derecho real es una relación directa entre persona y cosa, le da a ésta el carácter de sujeto pasivo, lo que es un absurdo. Por consiguiente, no puede haber relación entre persona y cosa. Esta crítica obligó a ORTOLAN y PLANIOL a buscar un sujeto pasivo en el derecho real."

"Tratemos -agrega al respecto ROJINA VILLEGAS- de la teoría monista que se inicia en Saleilles y desarrollan GAUDEMET, JALLU y GAZIN, para demostrar, en un intento fracasado por cierto, que el derecho personal es en realidad un derecho real sobre el patrimonio. Esta teoría llamada objetivista, afirma que el derecho personal tiene la misma naturaleza que el real. Se trata de una concepción monista, pero en sentido inverso a la de la tesis de ORTOLAN y PLANIOL. En Saleilles se inicia la tendencia de despersonalizar la obligación derecho de crédito."

"GAUDEMET Se encarga de desarrollar la idea de Saleilles, estudiando la

evolución sufrida por el derecho personal desde los primeros tiempos de la legislación romana. Dice GAUDEMET que en el derecho romano primitivo la obligación es estrictamente personal, porque no puede cambiar ni el acreedor, ni el deudor. Cuando ocurre el cambio, la obligación se extingue para dar nacimiento a una distinta. Es la figura jurídica novación como una forma de extinción de las obligaciones."

"..."

"De aquí se deduce que el derecho de crédito en realidad se va transformando, para recaer sobre el patrimonio del deudor; misma idea que aceptan GAZIN y JALLU. Si al acreedor lo que le importa es un patrimonio solvente; si la obligación subsiste a pesar del cambio del deudor, el derecho de crédito tiene importancia en tanto que haya un patrimonio responsable; ya que el acreedor; cuando la obligación no es cumplida, tiene un derecho de ejecución sobre el patrimonio.

La obligación se transforma en el caso de incumplimiento en una ejecución forzada sobre el conjunto de bienes presentes o futuros del deudor. La única diferencia que según estos autores existe entre el derecho real y el derecho personal está en la naturaleza individual o universal del objeto, porque ambos son facultades sobre los bienes. En el derecho real el objeto es determinado, por consiguiente, individual. La propiedad recae sobre una cosa determinada, lo mismo el usufructo, la hipoteca o la prenda. En cambio, en el derecho personal el objeto es universal, se trata de un patrimonio de una universalidad jurídica. El acreedor tiene como garantía todo el patrimonio de su deudor, presente o futuro. Y los códigos establecen que el deudor responde con todos sus bienes, presentes o futuros. Se trata simplemente de una diferencia secundaria en cuanto al objeto del derecho real y del personal."

Las ideas de GAUDEMET son aún extremadas por JALLU y GAZIN; este último, en una crítica que hace de la teoría clásica, del patrimonio personalidad, llega a decir que puede concebirse el derecho personal sin sujeto pasivo, bastando el patrimonio responsable. Y GAUDEMET afirma que es el patrimonio el que debe al patrimonio; que el derecho de crédito pierde su valor cuando el deudor es insolvente; cuando el patrimonio tiene un valor negativo; que, por consiguiente, toda la eficacia del derecho de crédito descansa en la existencia de un patrimonio.

No se atreven estos autores a llevar la analogía, al grado de decir que el derecho de crédito se extingue en los casos de insolvencia del deudor; pero simplemente afirman que pierde todo valor económico, aunque virtualmente exista una facultad como simple expectativa del acreedor por si el deudor llega a adquirir bienes en el futuro."

La escuela clásica o de la exégesis ve, como apuntábamos, una separación irreductible entre la naturaleza del derecho real y la del derecho de crédito; así, el primero es un poder jurídico en tanto que el segundo implica una mera facultad de exigir. El derecho real tiene por objeto un bien; en cambio, el objeto del de crédito es una prestación. El derecho real es un derecho absoluto, oponible a todo tercero, valedero contra todo mundo, características de las que el derecho de crédito carece.

"Para indicar la diferencia de situación entre el *acreedor* de una cosa y aquel que tiene sobre ella un derecho *real* -indican RIPERT y BOULANGER- se dice a menudo que éste último tiene un *jus in re*, mientras que el acreedor no tiene más que un *jus ad rem*. Estas expresiones fueron muy usadas por los antiguos autores franceses (POTHIER, *Domaine de propriété*, núms. 1 y 2; *Communauté*, núm. 68).

Se quiso expresar con esto que aquel que es simplemente acreedor de una cosa, no puede obtenerla sino por intervención de su deudor. El derecho real no se origina más que por la ejecución de la obligación. Estas expresiones pueden prestarse a que se crea, por su forma latina, que son de origen romano, lo que no es exacto. Fueron fabricadas por los comentaristas, y tienden a desaparecer no encontrándose apenas sino en esas obras ya anticuadas (TROPLONG, *Des biens*, edición 1839, t. IV, núm. 225; MARCADE sobre el art. 578). Ver MERCIER, *¿Faut-il admettre l'existence d'un jus ad rem dans le droit civil suisse?* tesis, Lausanne, 1929."

BONNECASE, por su parte, hace valer la diferencia entre los derechos reales y los derechos de crédito, con apoyo en la distinción que ofrece entre la apropiación de la riqueza y la prestación del servicio como fenómenos económicos.

Por ello, sus puntos de vista se califican como la teoría económica respecto del tema tratado. El capital, como factor de la producción, es distinto del servicio como tal; el primero está relacionado con la apropiación de la riqueza y el segundo con la prestación del servicio. El capital es la base de los derechos reales y el servicio es la de los derechos de crédito.

"Para este efecto -asevera BONNECASE en su labor diferenciada entre el derecho real y el de crédito- es indispensable partir de las nociones económicas de riqueza y de servicio cuyas expresiones jurídicas son, respectivamente, el derecho real y el de crédito u obligación. Elevándonos más alto en la jerarquía de las nociones generales y de la precisión, diremos que las nociones de derecho real y de obligación, son nociones jurídicas, es decir, datos de la ciencia del Derecho y, al mismo tiempo, nociones técnicas, o en otras palabras, una aplicación particular de dichos datos. En esta materia, los datos de la ciencia del Derecho revisten un carácter económico y no son sino las nociones de riqueza y de servicio. En tanto que el derecho real traduce la noción económica, de riqueza y su única razón de ser es asegurar, mediante la coacción exterior, la función del derecho: la apropiación de las riquezas; la noción de obligación desempeña el mismo papel respecto a la realización de los servicios que los hombres voluntariamente han decidido prestarse o que la autoridad social juzga conveniente que se presten bajo determinadas condiciones. En pocas palabras, la noción de obligación es a la, noción económica de servicio, lo que la de derecho real es a la noción económica de riqueza. Tratamos así un punto sumamente importante. Con frecuencia se ha considerado que la ciencia del Derecho y la Economía política son dos ciencias totalmente independientes, constituidas de elementos absolutamente distintos, y que en consecuencia se bastan, respectivamente, por sí mismas. Con este punto de partida, se ha llegado a considerar el derecho real y el de crédito como dos entidades jurídicas abstractas, que existen por sí y en sí mismas; no se ha querido ver su relación con las nociones económicas de riqueza y de servicio. Por tanto, necesariamente se

han falseado las ideas en esta materia; a fuerza de caer en la abstracción y en una especie de geometría, hemos llegado a desatender los datos de hecho, que son decisivos en este punto, para atenernos a elementos considerados en si mismos y haciendo abstracción del medio en el cual operan. Querer reducir el derecho real a una relación entre dos personas, es olvidar totalmente la noción de riqueza, a la que está íntimamente ligado; asimismo, tratar de conciliar en el seno de la noción de obligación, dos ideas diametralmente contradictorias, como hemos visto, o por lo menos radicalmente sin ninguna relación, es desnaturalizar tal noción. *Si se quiere resolver el problema de la naturaleza del derecho real y del derecho de crédito, debemos elevarnos hasta las relaciones generales del Derecho y de la Economía política, para descender nuevamente a las nociones económicas de riqueza y servicio.*"

*"Ninguno de los sistemas contrarios sostenidos -concluye BONNECASE afirmando - ha logrado destruir la distinción tradicional entre el derecho real y el de crédito. Nada hay de sorprendente en esto, por la sencillísima razón de que las nociones tradicionales del derecho real y del derecho de crédito no son únicamente nociones técnicas. Al mismo tiempo son nociones científicas, es decir, la expresión misma de los datos de la realidad social sobre la apropiación de las riquezas y el aprovechamiento de los servicios y, por consiguiente, la expresión jurídica de estas dos funciones u operaciones, según se prefiera. Desde el punto de vista técnico es indudable que el derecho real y el de crédito son susceptibles de variar de fisonomía con las épocas y los medios, pero lo cierto es que, a partir del Derecho romano, en el fondo de todas las organizaciones de estos dos derechos, se encuentran las mismas diferencias irreductibles que resultan de la sustancia de ambas nociones."*

Hay un grupo de autores, como mencionábamos, participes y sustentadores de la tesis personalista. ORTOLAN y PLANIOL entre otros; en su opinión, resulta absurda la caracterización del derecho real por la escuela clásica en el sentido de que hay una relación directa entre el sujeto y la cosa, porque las relaciones sólo pueden ser entre sujetos. Consecuentemente, debía buscarse la relación subjetivista habida en los derechos reales; ello los orilla a afirmar que éstos comparten características con los de crédito; para los personalistas esa relación subjetivista en el derecho real está entre el sujeto titular del derecho como sujeto activo y todo el mundo como sujeto pasivo universal.

La corriente contraria, representada por la escuela objetivista, considera que en realidad los derechos de crédito se asimilan a los derechos reales pues lo que interesa al titular de un derecho de crédito no es en si su relación con su deudor, sino más bien el patrimonio de este; el deudor mismo, coma persona, pasa a segundo termino de importancia.

En efecto, como la adopción legislativa de la prenda general tácita a la que nos hemos referido con anterioridad (*Supra* p. 216), es un principio general, según la cual, el deudor responde a sus acreedores con todos sus bienes sean presentes o futuros, el acreedor tiene más interés y está vinculado y atento al patrimonio del deudor que a éste.

"Como consecuencia y en último análisis -determina AGUILAR CARBAJAL el derecho personal se estructura como una relación entre el acreedor y el patrimonio del deudor, en forma inmediata y directa, ya que puede ejercitar su derecho sobre todos y cada uno de los bienes que lo integren; en cambio, en el derecho real, la relación se establece entre el acreedor y un bien concreto y determinado; luego sólo existe una diferencia de grado y no de esencia."

"En resumen, comete un doble error al negar la estructura bilateral del derecho en los dos casos, pues concibe relaciones entre personas y cosas, en forma semejante al derecho real, según la doctrina clásica."

### **B) Pasivo**

Todo patrimonio, decíamos, tiene un aspecto positivo y otro negativo; por lo que se refiere al primero, éste se integra, como también anotábamos, por los derechos reales y por los de crédito. El aspecto pasivo, por su parte, esta integrado por las obligaciones del sujeto. A éstas nos referiremos a continuación. La obligación se considera como la relación jurídica por la que el deudor queda sujeto para con el acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que éste puede exigir de aquél.

El contenido de la obligación es el mismo que el del derecho de crédito, sólo que observado desde la posición del deudor; se trata consecuentemente, como los profesores suelen ilustrarlo en las aulas de Derecho, de una misma moneda, de la cual, una de sus caras es el derecho de crédito y la otra la obligación.

La obligación, en su acepción restringida significa deuda.

"Obligación -indica BORJA SORIANO al definirla- es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor."

"La palabra obligación -agrega BORJA SORIANO- abarca toda la relación; considerada ésta especialmente del lado activo toma el nombre de crédito o derecho personal, y del lado pasivo el de deuda u obligación en sentido restringido. (PLANIOL, t. II, núm. 157; BRUGGI, pág. 489)."

Así pues, *obligación* lo mismo puede en su acepción amplia referirse a relación jurídica, que en su acepción restringida a deuda.

Es en realidad en el segundo de sus significados, o sea en su acepción restringida, como deuda, que debe considerarse a la obligación como elemento

negativo del patrimonio.

"Las deudas -apunta DE CASTRO BRAVO- consisten en la obligación de dar, hacer o no hacer algo (artículo 1088); de su cumplimiento responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1,911) . El deudor responde de la deuda con su patrimonio. Además, como ya se ha visto, las deudas constituyen un elemento (pasivo) del patrimonio; no pueden considerarse despegadas de los bienes del patrimonio ('viscosidad de las deudas') y determinan el estado (solventía, insolventía) del patrimonio. Sobre ellas, correlativamente, recae la ordenación del patrimonio (ordenación y prelación de créditos).

"La carga -aclara- no es algo debido ni una obligación que vincula el patrimonio. Su significación es más limitada, se refiere a un bien o derecho determinado. Su levantamiento o atención sólo condiciona evitar un perjuicio o pérdida, respecto a dichos bien o derecho. Por ejemplo, los gravámenes impuestos sobre inmuebles (servidumbre, censos, hipoteca), la obligación de contribuir a los gastos de la cosa común (art. 395), las condiciones impuestas por el donatario (artículo 647).

No habrá, obligación de cumplirlas si se abandona o renuncia al inmueble a la cosa común o a lo donado. Mas, como en general, son atendibles, por ser ello ventajoso, se les considera, aunque con la inexactitud indicada, parte del pasivo patrimonial, a las que ha de atender el administrador (artículo 186) y el liquidador de un patrimonio (art. 1423)."

### **3. Las obligaciones reales o propter rem**

La doctrina conceptúa, a las obligaciones reales, también designadas *propter rem*, como las que derivan de la titularidad de un derecho real y que impone al deudor el ejecutar un acto.

Admiten la transmisión del derecho real ostentado y se extinguen con la extinción de aquél. Además, el sujeto que la soporta se libera de ellas por el abandono de la cosa.

Podemos señalar como casos de obligaciones reales contenidas en Código Civil, sin que sean todas, las siguientes:

a) La del copropietario, consistente en contribuir en gastos de conservación de la cosa común (artículo 944)

b) La del copropietario de una pared medianera, consistente en costear su reconstrucción y mantenimiento (artículo 960).

c) La obligación que tiene el usufructuario consistente en otorgar fianza previa a la toma de posesión respecto de los bienes objeto del usufructo (artículo 1006);

d) La del deudor hipotecario de no dar el bien hipotecado en arrendamiento sin el consentimiento de su acreedor (artículo 2914).

La realidad de las obligaciones reales no es aceptada unánimemente; es cuestionada; hay quien las desecha de plano al encontrar en todas ellas una mera limitación de dominio o una relación obligacional ordinaria. En esos términos se expresa GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, quien apunta que tales obligaciones no existen pues en cada caso de los anotados, lo que prevalece es por ejemplo, en tratándose del usufructuario, una relación jurídica con el propietario, en tanto que respecto del copropietario en general y del propietario del predio rústico, son respectivas limitaciones de dominio; la situación del deudor hipotecario, por su parte, es una relación obligacional con su acreedor.

"Puedo afirmar -concluye GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ- que las obligaciones reales no existen, y paso a dar los argumentos para fundarla, y a determinar cuál es la naturaleza jurídica de cada uno de los casos que los autores han considerado como de obligaciones reales:"

"1 El redactor del proyecto del Código Civil de 1928 fue extraordinariamente preparado, y conoció a fondo el Código Civil argentino en donde se proscribió la existencia de las obligaciones reales. Prueba de ese conocimiento, se tiene en las tablas de antecedentes y concordancias del Código, en donde se

hace referencia frecuente al argentino."

"Por otra parte, el legislador de 1928 tuvo a la vista para derogarlo al Código Civil de 1884, el cual en imitación del de 1870, sí reguló las obligaciones reales: el artículo 1443 del Código Civil de 1870 -reproducido por el 1327 del de 1884- dispuso:"

"Obligación real es la que afecta a la cosa y obra contra cualquier poseedor de ésta."

"Ahora, ¿cómo se puede explicar que el legislador de 1928 haya suprimido el anterior texto? La única respuesta lógica es que consideró adecuado el sistema argentino, y de ahí que para nada menciona a estas obligaciones reales."

"2. Pero el anterior argumento derivado y obtenido a través del método psicológico de análisis de las instituciones, se robustece, si se considera como es, que la palabra 'obligación' tiene un contenido y connotación de lo más preciso, y se vinculó en su nacimiento en Roma con las relaciones de persona a persona. No es, como ya he dicho antes, sino hasta 1928 en México que surgen obligaciones sin deudor."

"Resulta incongruente hablar de que la persona se 'obliga' respecto de una cosa, porque ello sería olvidar que la obligación implica o 'poder exigir' y 'deber cumplir', o bien el mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente, si aparece un acreedor."

"3. La verdad es que, por falta de análisis cuidadoso, se creyó sistematizar una categoría, que no existe en donde se incluyeron como 'obligaciones reales' casos que tienen un perfil y naturaleza jurídica precisos en el campo de otras instituciones."

"Soy partidario de la creación de nuevas instituciones jurídicas de acuerdo en las necesidades sociales, y no comparto la idea de incluir en las ya conocidas a las nuevas figuras. Sin embargo en este caso, resulta inútil hablar de un nuevo elemento patrimonial formado por casos que se explican y encuadran correctamente en otras instituciones ya conocidas."

"Es cierto que el Derecho es dinámico, y por lo mismo debe evolucionar regulando nuevas instituciones, pero considero inútil crear nuevas figuras que no responden a nuevas formas."

"Como paso a probarlo, cada uno de los casos que se han dado como ejemplos de obligaciones reales, y que han servido para crear en forma inductiva esa pseudo categoría patrimonial, responden perfectamente a la figura de las limitaciones de la propiedad, o a típicos deberes jurídicos stricto sensu."

"Para hacer tal demostración, seguí este método"

"A. "Vi si cada uno de los tipos o casos considerados como ejemplos de

obligaciones reales, cumplía con las características que a las mismas les atribuye la doctrina, y las cuales anoté en el apartado 69, o bien si tan siquiera cumplían con un mínimo de identidad de todos los casos, para lograr la homogeneidad jurídica que les permita integrar una categoría jurídica, real."

"B. Como resultó negativo el anterior análisis, y no se encuentra esa homogeneidad entonces hice una comparación entre los ejemplos de 'obligaciones reales' con otras figuras jurídicas conocidas para ver si se pueden asimilar a ellas, y reconocer su naturaleza jurídica, o bien si cada caso era especial y entonces se podía hacer una 'categoría formal'."

## ***Teorías que explican el patrimonio***

### ***A) Patrimonio personalidad***

La teoría considerada como la primera que explica científicamente el patrimonio, además de ser la más difundida, es la sustentada por AUBRY y RAU, conocida como teoría clásica o teoría del patrimonio *personalidad*.

#### *a) Principios*

De los principios pilares de la teoría del patrimonio personalidad, se desprende que éste está integrado por una serie de bienes, derechos, obligaciones y cargas que en su conjunto lo constituyen como una entidad abstracta, una universalidad jurídica mantenida invariablemente como un atributo de la persona de Derecho. El patrimonio es, en esos términos, una emanación de la personalidad misma.

“Existe -ilustra PLANIOL- un lazo estrecho entre la persona y el patrimonio La naturaleza de esta relación aparece de las cuatro observaciones siguientes : ”

“1º *Solo las personas pueden tener un patrimonio.* Por definición, se llaman personas los entes capaces de ser sujetos activos o pasivos de derechos; por tanto, sólo las personas tienen aptitud para poseer bienes, o para tener obligaciones o créditos.”

“2º *Toda persona tiene necesariamente un patrimonio.* Una persona puede poseer muy pocas cosas no tener ni derechos ni bienes de ninguna especie y hasta, como ciertos aventureros, tener únicamente deudas; sin embargo tiene ella un patrimonio. Patrimonio no significa riqueza; un patrimonio no encierra necesariamente un valor positivo; puede ser como una bolsa vacía y no contener nada.”

“3º *Cada persona sólo tiene un patrimonio.* El patrimonio es uno, como la persona; todos los bienes y todas las obligaciones forman una masa única. Este principio de la unidad del patrimonio sufre, sin embargo, algunas restricciones; hay instituciones excepcionales que operan en el patrimonio una especie de división y que hacen de él dos masas distintas. El derecho civil ofrece como ejemplos el *beneficio de inventario* concedido al heredero; y el beneficio de *separación de patrimonios* que se da a los acreedores de una persona difunta.

Ambos beneficios tienen por resultado separar ficticiamente en las manos del

heredero dos masas de bienes: sus bienes personales y los bienes que recibió del difunto, de modo que parece que el heredero tiene dos patrimonios."

"4º *El patrimonio es inseparable de la persona.* En tanto que la persona vive, no puede transmitir su patrimonio a otra persona; únicamente puede enajenar los elementos patrimoniales, uno después de otro: su patrimonio considerado como universalidad es consecuencia de su propia personalidad y siempre permanece necesariamente unido a ella. Por esto todas las transmisiones que se hacen *entre vivos* son a título *particular*. La transmisión de la universalidad del patrimonio no puede hacerse sino después de la muerte de la persona; en el derecho francés, todas las transmisiones universales se hacen *mortis causa*. En el momento de la defunción el patrimonio del difunto es atribuido a sus herederos, únicos que pueden ser causahabientes a *título universal*.

### b) Críticas

La teoría comentada ha sido tildada de artificial, abstracta y abusivamente lógica; se dice que exagera el lazo habido entre la noción del patrimonio y la de la personalidad hasta confundirlos.

De acuerdo con estos principios -advierte ROJINA VILLEGAS- se estableció por la escuela clásica una noción del patrimonio artificial y ficticia, despegada de la realidad y vinculada hasta confundirse con la capacidad, que en realidad es difícil distinguir ambos conceptos, pues además de considerar al patrimonio como conjunto de bienes presentes, se le considera también como aptitud para adquirir bienes futuros, y más aun, acepta, que en un momento dado, exista el patrimonio sin los bienes presentes, bastando la posibilidad de adquirirlos en el futuro. Es por esto, que toda persona del tener necesariamente un patrimonio, aunque no posea bienes ni reporte obligaciones, bastando la aptitud o posibilidad que tiene para adquirir dichos bienes o llegar a ser sujeto de obligaciones y derechos. Debido a esta confusión entre patrimonio y capacidad, se atribuyen al primero las características de indivisibilidad e inalienabilidad, que son inherentes a la persona.

De los postulados de la doctrina clásica, dos son los blancos más grandes para la crítica:

- 1.- El que sólo las personas pueden tener patrimonio, pues se le antepone los posibles patrimonios factiblemente carentes de titular.

Este principio -apunta AGUILAR CARBAJAL respecto de lo señalado es de los más vulnerables de la doctrina personalista, pues la realidad jurídica nos muestra a cada momento excepciones a él ya que existen multitud de fundaciones benéficas que tienen un patrimonio, aun antes de operar, cuando los beneficiarios son aun inciertos y

ya se afectan elementos económicos constitutivos de un patrimonio."

2.- La indivisibilidad del patrimonio es su postulado más cuestionado, pues se advierte que el Derecho positivo ofrece casos de dos patrimonios separados de los que un mismo sujeto es titular, sin confusión de bienes, tal como sucede con la aceptación de herencia a beneficio de inventario, en cuya hipótesis el heredero tiene su patrimonio propio y el patrimonio heredado; éste permanece íntegro como prenda a favor de los acreedores hereditarios.

"Como el derecho positivo -indica ROJINA VILLEGAS- nos presenta casos que permiten la división del patrimonio y su enajenación total, se inicia un movimiento que se apoya en dichas excepciones a los principios generales enunciados, que tiene por objeto demostrar que la noción de patrimonio ni es un concepto tan abstracto o ficticio que llegue a confundirse con la capacidad, ni es exacto que el patrimonio sea siempre indivisible e inalienable por acto entre vivos."

"En la transmisión hereditaria, tenemos un caso de excepción, en cuanto a la posibilidad de que el heredero tenga en un momento dado dos masas autónomas de bienes, derechos y obligaciones, sujetas a regímenes jurídicos distintos, de tal suerte que vengan a constituir dos patrimonios, siendo uno el personal del heredero y el otro, el patrimonio que recibe por herencia. Este caso se acepta por aquellas legislaciones que, como la nuestra, establecen categóricamente que: 'la aceptación (de la herencia) en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese tal como lo dice textualmente el artículo 1678 del Código civil vigente.

De esta suerte, en tanto que no se haga la liquidación de la herencia y se determine si existe o no un haber liquido hereditario, el patrimonio personal del heredero no se confunde con el patrimonio que hereda, pues sus acreedores no pueden ejecutar sus créditos en el haber hereditario, en perjuicio de los acreedores de la sucesión, ni éstos pueden embargar bienes del heredero, si el activo hereditario no alcanza para cubrir el pasivo, dado el beneficio de inventario. Sólo hasta que se liquida la herencia, si existe un haber hereditario, ya cubierto el pasivo se operará la confusión de ese haber con el patrimonio personal del heredero.

"El caso anteriormente citado de la donación universal, podría en parte ser invocado como otro caso de excepción. Guando una persona transmite gratuitamente la totalidad de sus bienes presentes, reservándose sólo lo necesario para vivir, también existe una transmisión de deudas, según establece el artículo 2355 del Código Civil: 'si la donación fuere de todos los bienes, el donatario será responsable de todas las deudas del donante anteriormente contraídas, pero sólo hasta la cantidad concurrente con los bienes donados, y siempre que las deudas tengan fecha auténtica'. En este caso existe, por lo tanto, una enajenación del activo y del pasivo de una persona, por lo que implica una enajenación del patrimonio presente por un acto entre vivos."

## **B) Patrimonio afectación**

Las críticas a la teoría clásica, han dado lugar al surgimiento de la llamada teoría moderna o teoría del *patrimonio afectación*, cuyo postulado principal es que la noción de patrimonio depende del destino dado a uno o más bienes para la realización en especial de un fin jurídico, de tal manera que una persona tendrá tantos patrimonios como destinos les de a sus diferentes bienes. En esas condiciones la herencia, el patrimonio del ausente, el fondo mercantil y otros, se señalan como casos de patrimonio afectación; con ellos se destruye la unidad e indivisibilidad del patrimonio en los términos señalados por la teoría clásica.

"El patrimonio actualmente -enseña ROJINA VILLEGAS- se ha definido tomando en cuenta el destino que en un momento dado tengan determinados bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico, gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma. O como dicen los citados autores, el patrimonio de afectación es 'una universalidad reposando sobre la común destinación de los elementos que la componen, o más exactamente, un conjunto de bienes y de deudas inseparablemente ligados, porque todos ellos se encuentran afectados a un fin económico, y en tanto que no se haga una liquidación, no aparecerá el valor activo neto'.

De esta suerte, siempre que encontremos un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determinado, sea de naturaleza jurídica o económica, estaremos en presencia de un patrimonio por cuanto que se constituye una masa autónoma organizada jurídicamente en forma especial; tal como sucede en el patrimonio de familia, en el fondo mercantil, en el patrimonio del ausente, o en el régimen de las sucesiones en el cual encontramos que el patrimonio del *de cuius* constituye una masa autónoma de bienes distinta de los patrimonios personales de los herederos, con los cuales no se confunde, quedando sujeta a una organización jurídica especial para realizar un fin determinado, de naturaleza tanto económica como jurídica, consistente en la liquidación del pasivo hereditario, y en la transmisión a los herederos, y en su caso a los legatarios, del haber hereditario líquido."

"De lo expuesto se desprende que, como la persona puede tener diversos fines jurídicos-económicos por realizar, o el derecho puede afectar en un momento dado un conjunto de bienes para proteger ciertos intereses (patrimonio de familia o fondo mercantil) o lograr la continuidad jurídica de la personalidad y del patrimonio (casos de ausencia y de sucesión hereditaria) pueden existir y de hecho existen conforme a esta doctrina, distintos patrimonios en una misma persona, como masas autónomas de bienes, derechos y obligaciones, y puede también transmitirse su patrimonio por acto entre vivos, especialmente por contrato."

### **C) Consideraciones personales**

Es una realidad que en la vida diaria todos los sujetos, bien sea por situaciones fácticas, económicas, de conveniencia personal, y con o sin apoyo en disposiciones legales, dan a alguno o a algunos de sus bienes el destino a un fin determinado, para satisfacer sus necesidades jurídico-económicas. Así por ejemplo, alguien decide vender un inmueble para comprar otro; otra persona destina una casa a su habitación y a la de su familia; puede darla en arrendamiento para obtener frutos, etc. Más aún, pueden tratarse en ocasiones, hasta de destinos sin repercusiones jurídicas como es el caso de la destinación de un vehículo a prestar un servicio específico o hasta de una indumentaria en particular para ocasiones y eventos especiales.

A mayor abundamiento, el patrimonio general tiene, como lo afirman algunos autores, la finalidad específica en su activo de satisfacer las necesidades de quien es su titular.

"Patrimonio es --indica, VON TUHR- poder económico. En nuestro sistema, que descansa en la división de los bienes, facilita al hombre los medios externos para conseguir sus fines personales, que están integrados, en primer término, por las necesidades primarias y los placeres de toda índole.

*"El patrimonio general -señala por su parte ESTEVA RUIZ- tiene en realidad una finalidad común a todos los bienes y derechos de su masa. Por abstracta que sea; y que es la de estar destinados a satisfacer las necesidades posibles de su titular."*

Sin embargo, el destino dado por un sujeto a una parte o a la totalidad de sus bienes, tiene un límite en su procedencia y reconocimiento legal, que es el menoscabo de los derechos a favor de sus acreedores.

Esto es, por muy adecuada y equitativa que una persona juzgue la distribución de sus bienes, por ejemplo para el pago de determinadas deudas, no podrá oponerla a sus acreedores, pues aquél responderá, de sus deudas con la totalidad de sus bienes, hecha salvedad de los inalienables según lo preceptúa el artículo del 2964 del Código Civil.

Consecuentemente, una primera objeción, o cuando menos salvedad a hacerse en relación con los lineamientos de la teoría del *patrimonio-afectación*, es que éste, en caso de tener realidad jurídica, procederá sólo en el supuesto de que la ley le reconozca, mediante declaración expresa, efectos a la afectación de ciertos bienes a un fin determinado.

No obstante ello, en realidad y a pesar de la previsión legal de una afectación, no estamos en caso alguno ante la existencia de un patrimonio - afectación distinto del patrimonio general y único de una persona; creemos, por el contrario, y de acuerdo con

los principios de la doctrina clásica, que el patrimonio es único en efecto y que todas esas masas de bienes afectos a un fin determinado representan ciertas universalidades, autónomas si, y legalmente organizadas también, pero sin llegar a ser un patrimonio.

Fundamos las opiniones anteriores en la diversidad habida entre el patrimonio y la universalidad jurídica, lo cual trae como consecuencia la posibilidad de varias universalidades de derecho y un solo patrimonio.

Así, además de la universalidad jurídica *patrimonio*, existen otros conjuntos de bienes jurídicamente unidos para responder de ciertas deudas que también son *universitas iuris*, fracciones del patrimonio, que cuentan con el mismo carácter. Como ejemplo de estas universalidades pueden citarse al acervo hereditario, al patrimonio de familia regulado por el Código Civil y a los bienes fideicomitidos en el fideicomiso regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

"Creemos que en esencia -anota DE IBARROLA conclusivamente para nosotros- son ciertos los postulados de la teoría clásica. En cuanto a la pluralidad de patrimonios en cabeza de una sola persona, basta profundizar un poco para cerciorarse de que no hay tal. Hay a veces diversos sectores independientes en un mismo patrimonio, pero para explicar ese fenómeno no es necesario acudir a la ficción de creer que existen diversos patrimonios ligados a una sola personalidad. Y es que no deben confundirse las nociones de PATRIMONIO Y UNIVERSALIDAD jurídica. Todo patrimonio es una universalidad jurídica; pero no toda universalidad jurídica es un patrimonio. Podemos perfectamente imaginar que el patrimonio de una persona se divide en varias masas independientes sin necesidad de acudir a la ficción de que existen varios patrimonios, en la misma forma que sería ridículo tratar de explicar que un alumno domina perfectamente dos materias o especialidades diferentes atribuyéndole dos cerebros."

## V. EL DOMICILIO

### 1. Planteamiento y concepto

El domicilio como atributo de la personalidad en general y concretamente de una persona física, es la sede jurídica del sujeto, es el lugar en el que el sistema legal lo tiene situado, a efecto de vincularlo allí en sus relaciones jurídicas con los demás sujetos y con las autoridades administrativas y judiciales competentes territorialmente en esa circunscripción.

"*Domicilio* -enseña VON TUHR- es el lugar en que una persona constituye el centro de su vida. Es ordinariamente de libre elección (*domicilium voluntarium* se funda por la residencia permanente y se pierde al abandonar el lugar con propósito definitivo."

"Dom. -Domicilio- en su sentido civil genuino -indica ALBALADEJO-es el lugar que la ley considera como centro o sede jurídica de la persona. . ."

"En D. -Derecho- hace falta que se fije a la persona un lugar no para que necesariamente esté o actúe (p. ej., contraiga matrimonio, contrate, teste, etc.) siempre en él, sino para que lo haga cuando la ley lo estime conveniente y para poder utilizarlo cuando sea preciso marcar (respecto de tal persona) un sitio concreto que no esté determinado o que no proceda determinar de otro modo."

El concepto de domicilio -afirman DÍEZ PICAZO y GULLÓN- es fundamental para el Derecho. Y lo es porque la persona necesita un determinado lugar para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. Imaginemos que los acreedores persiguen judicialmente al deudor para que pague los créditos, ¿dónde se le demandará? Sin ese elemento que es el domicilio, que sitúa al hombre en el espacio, que lo relaciona con un lugar (localizándolo), las relaciones jurídicas serían especialmente precarias. De ahí que la generalidad de la doctrina afirme que el domicilio es la sede *jurídica* de la persona."

Para la determinación del lugar a considerarse como domicilio de una persona, deberán tenerse en cuenta todos aquellos factores que permitan tener a dicho lugar como el más adecuado para ello, de tal manera que por la constante presencia del sujeto en ese sitio, por su mayor permanencia en el mismo, haga más accesible su localización y llamamiento.

El lugar donde una persona reside habitualmente, donde tiene el principal asiento de sus negocios y de sus intereses y en general, cualquier sitio considerado como de arraigo del sujeto, suelen señalarse como los lugares idóneos para fijárseles

como domicilio de una persona.

Para la estructuración plena del concepto de domicilio se ha hecho prevalecer y tomado en cuenta en ocasiones el propósito del sujeto de establecerse en un lugar determinado, precisamente para hacer destacar la conveniencia jurídica de una permanencia prolongada y de facilitar así el alcance de las finalidades que el Derecho persigue con asignar al domicilio el carácter de atributo.

Que el domicilio sea un atributo de la personalidad, lo hace ser inseparable de la persona, se suma a los demás atributos cuyo conjunto integran la personalidad; todos los sujetos tenemos domicilio; cada persona tiene sólo un domicilio y este no puede ser transferido como tal ni puede en general ser objeto de cualquier operación de carácter patrimonial.

"Sin embargo -advierte PACHECO ESCOBEDO para dejar sentada la necesidad del domicilio- el Código parece atribuir necesariamente un domicilio a todas las personas, aun cuando falte el elemento subjetivo o sea el propósito de establecerse en él, ya que si no existe ningún lugar que reúna ambos elementos, o sea la residencia habitual y el propósito de establecerse ahí, el mismo artículo citado establece que es domicilio el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios, y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle. En este tercer supuesto, no se puede hablar de un elemento subjetivo y solamente existe un elemento objetivo, lo suficientemente transitorio, para determinar el domicilio por el lugar en donde se le encuentre."

"Podemos encontrar -señala ROJINA VILLEGAS- cierta analogía entre el domicilio y el patrimonio para formular premisas semejantes en el sentido de que:

1º Toda persona debe tener un domicilio;

2º Las personas sólo pueden tener un domicilio;

3º Sólo las personas pueden tener domicilio; y

4º El domicilio es transferible por herencia. Por esto el derecho considera que no hay persona sin domicilio.

Para los efectos legales, 'aun cuando falten los elementos que desde el punto de vista real, o de hecho podrían determinar el domicilio, la ley lo fija en un cierto lugar, aquel en donde se encuentra la persona."

"Además, hay domicilios llamados legales para determinados sujetos, como los menores, enajenados, la mujer casada, los militares, los funcionarios públicos, etc., en estos casos no es menester que exista la residencia habitual o el principal asiento de los negocios, pues el derecho, por otras razones determina imperativamente el domicilio, contrariando una situación objetiva que pudiera servir de base para fincar en otro lugar el domicilio real de esa persona; pero por la situación jurídica, por el estado de incapacidad, por el estado civil del matrimonio, por razón de los servicios que se

presten, el sistema jurídico prescinde del domicilio real e impone el legal. En cambio, en el problema que analizamos, existe la necesidad de dar a la persona un domicilio por falta de residencia habitual o del principal asiento de sus negocios. La justificación de las reglas enunciadas es la siguiente: "

"1. Toda persona debe tener un domicilio en virtud de que es necesario para el ejercicio de sus derechos, el cumplimiento de sus obligaciones y para determinar la competencia de los jueces. Fundamentalmente el derecho objetivo toma como centro de referencia un lugar determinado; habría constantes dificultades en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones si no se localizasen en cierto lugar. Además, para la competencia de los jueces implicaría graves problemas procesales; razones de economía procesal exigen la existencia de un domicilio."

"2. La persona sólo debe tener un domicilio y no varios para que múltiples consecuencias jurídicas puedan imputarse o referirse a un solo lugar; excepcionalmente, la ley puede permitir la existencia de dos domicilios. Por ejemplo, el de los reos que extinguen una pena superior a seis meses, se declara que para los efectos jurídicos anteriores a la pena, será domicilio el primitivo del condenado y para las relaciones jurídicas posteriores será domicilio el lugar donde ésta se cumpla. Esta regla excepcional que sí reconoce dos domicilios, la tenemos en la fracción V del artículo 32, que dice así:"

"Se reputa domicilio legal:"

"De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca, a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido."

"En los demás casos, el legislador conserva el criterio de la unidad en el domicilio. Sin embargo, se presentan algunos problemas por la confusión de artículos, que aparentemente resultan contradictorios, por ejemplo, cuando la mujer tiene autorización para ejercer el comercio en lugar distinto del conyugal. El derecho considera que para los efectos relacionados con el comercio, será domicilio el establecimiento mercantil, que suponemos es distinto del domicilio conyugal. Aquí también la ley admite una dualidad de domicilios, pero referidos a efectos concretos. Exclusivamente será domicilio para los actos de comercio, el lugar en donde está la negociación mercantil, en lo que toca a la mujer casada con autorización para ejercer el comercio; para todas sus demás relaciones, su domicilio será el de su marido."

"Se presenta también el problema del marido que está en estado de interdicción, cuando la mujer es su tutriz; en este caso se invierte la regla: la mujer debe tener el domicilio de su consorte; pero el sujeto a interdicción debe tener el de su tutor; entonces el marido en tal estado toma el domicilio de la mujer; sin embargo, no se atribuyen al marido dos domicilios, ni tampoco a la mujer, se mantiene la nulidad del domicilio, pero se invierte la regla."

“ ... ”

"3. Otra premisa dice que sólo las personas tienen domicilio. Como éste es un atributo inherente a la personalidad, la regla resulta evidente. El domicilio sirve para la identificación de las personas, como el nombre, pero con una finalidad más concreta, la radicación de las relaciones jurídicas del sujeto en un cierto sitio para ejercer los derechos, para cumplir las obligaciones, fijar la competencia etc. De ahí que el domicilio sea un atributo de los sujetos. Cuando se crea el ente jurídico, entonces el domicilio es un atributo de éste, que resulta de la personificación de un patrimonio. Por esto las personas morales deben tener domicilio y el derecho declara que es aquél en donde tengan su administración. Permite también la ley, para efectos concretos, que las personas morales tengan sucursales fuera de su domicilio. Para el cumplimiento de obligaciones contraídas en esos sitios, se reputará por tal, aquel en donde hubiesen contraído las obligaciones. Toma el legislador esta medida, sin desconocer el domicilio de las personas morales, para facilitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Justamente la persona moral, especialmente la sociedad, por su naturaleza, puede actuar en múltiples lugares y sería en perjuicio de los acreedores referir el cumplimiento de las obligaciones al domicilio de la matriz; de aquí que se acepte para ese solo efecto el domicilio de las distintas sucursales; pero manteniéndose la unidad en lo que toca a las demás relaciones jurídicas de la persona moral."

"4. El domicilio es transferible por causa de muerte. En este aspecto el domicilio sigue la misma regla del patrimonio. Los herederos para el cumplimiento de las obligaciones hereditarias tendrán como domicilio el de la sucesión, o sea, el del autor de la herencia. El domicilio convencional, o sea, aquel que se fija por contrato, para determinar la competencia o el cumplimiento de las obligaciones, también se transmite por herencia. Los herederos tendrán que respetarlo."

## ***2. Deslinde del concepto.-***

### ***A) Posible dualidad de significados***

El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española contiene diversos significados del vocablo "domicilio"; así:

1. Morada fija y permanente.
2. Lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos.
3. Casa en que uno habita o se hospeda.

De lo anterior se desprende que por una parte, puede considerarse domicilio una casa en particular; si es un inmueble urbano seguramente corresponderá un número en la nomenclatura de una calle; ésta a su vez, forma parte de un barrio, una colonia, un fraccionamiento, etc., pero en todo caso se limita sólo a un sitio en particular habitado u ocupado por una persona y por su familia en su caso y que puede ser la casa habitación, el despacho, la oficina, el local comercial, etc. Por otra parte, el domicilio implica toda una circunscripción como ciudad, plaza, entidad federativa, población, etc., en las que por la organización administrativa y judicial, una autoridad determinada es competente y todos los domiciliados en dicha circunscripción quedan sujetos a esa autoridad.

Esa doble posible significación y alcance objetivo del domicilio, ha dado lugar a que aún en los dispositivos legales encontremos alusiones al concepto en uno u otro de los sentidos anotados. A ello nos referiremos en el inciso siguiente.

### ***B Tratamiento legal***

La Constitución Política contiene preceptos que se refieren al domicilio; su artículo 16 por ejemplo, consagra y regula la garantía de legalidad; establece en su inicio al efecto que "nadie puede ser molestado en su persona, familia, *domicilio*, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente". En su último párrafo permite a la autoridad administrativa "practicar visitas *domiciliarías*", pero únicamente para, cerciorarse de que se han cumplido los "reglamentos sanitarios y de policía".

Respecto de la libertad de creencias "todo hombre libre según el artículo 24 constitucional de profesar la creencia religiosa que más le agrade para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, en los templos o en su domicilio particular, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley".

Como hemos podido observar, todas las ocasiones en que las disposiciones constitucionales relacionadas y transcritas se refieren al domicilio, es para aludir a un lugar determinado, pero considerado como un inmueble en particular, es decir despacho, negociación, casa habitación, etc., pero siempre, en todo caso, un sitio identificado y considerado como unipersonal o unifamiliar. No es una población, una plaza o cualquier otra circunscripción.

El Código Penal por su parte, en su artículo 84, indica que con la satisfacción de los requisitos establecidos en dicho precepto, la autoridad competente puede conceder la libertad si concurre la condición de que el reo resida o en su caso no resida en determinado *lugar*, e informe a la autoridad los cambios de su *domicilio*.

Es delito además, según el artículo 249 del ordenamiento punitivo que nos

ocupa y se castiga con prisión de 3 días a 6 meses y multa de 2 a 50 pesos, a quien oculte su *domicilio*, dé otro distinto o niegue el verdadero de cualquier manera.

El Código de Procedimientos Civiles alude frecuentemente al domicilio. Así por ejemplo, el artículo 114 indica qué actuaciones judiciales deberán notificarse "personalmente en el *domicilio* señalado por los litigantes"; según la fracción III del artículo 122, la solicitud prevista en el mismo indicará el nombre y *domicilio* de los colindantes; el artículo 156 fija la competencia judicial por territorio y su fracción IV se refiere al *domicilio* del demandado en el ejercicio de las acciones sobre bienes muebles, la V menciona al último *domicilio* del *de cuius* en los juicios sucesorios y la VII al domicilio del deudor en los juicios de concurso.

Las referencias hechas a la ley procesal no son sus únicas menciones al domicilio; hay más en buen número, sin embargo, lo interesante es dejar sentado que si bien en algunos de esos preceptos no se hace referencia a determinada circunscripción ni a una casa o asiento en particular, hay otras en las cuales sí parece indicarse esto último; tal es el caso del artículo 114 mencionado.

Sin embargo, cuando el Código Procesal comentado impone la carga a todo litigante de indicar en su primer escrito su "*domicilio para oír notificaciones*" indica que se trata concretamente de una casa ubicada en el lugar del juicio. En efecto, de conformidad con el primer párrafo del artículo 112 de dicho ordenamiento todos los litigantes en su primer escrito o en la primera diligencia judicial, deben designar *casa ubicada en el lugar del juicio* para que allí se les hagan las notificaciones y practiquen las diligencias necesarias.

En el contenido del precepto indicado y así se desprende de su texto, no hay referencia a *domicilio* sino a *casa ubicada en el lugar del juicio*; ello nos permite suponer que cuando el legislador tuvo la oportunidad de referirse al domicilio como una casa en particular se abstuvo de hacerlo.

El artículo 10 del Código Fiscal de la Federación asigna como domicilio fiscal de las personas físicas el local en el que esté el principal asiento de sus negocios cuando realizan actividades empresariales; el local que utilicen como base fija para el desempeño de sus actividades si prestan algún servicio personal independiente y el lugar donde tengan el principal asiento de sus actividades en cualquier otro caso.

La Ley del Notariado vigente en el Distrito Federal impone en su artículo 62, referente a lo observable por el notario en la redacción de las escrituras, la obligación a éste de expresar, según su fracción XII, el domicilio de los comparecientes además de otras de sus circunstancias o declaraciones generales. Aclara que dicho domicilio se anotará con mención de la población, el número de la casa, el nombre de la calle o cualquier otro dato relacionado para precisar éste hasta donde sea posible.

El que algunos de los preceptos hasta ahora comentados se refieran expresamente al domicilio para aludir a un inmueble en particular, no autoriza a considerar así al domicilio como atributo de la personalidad.

Contra todas esas referencias legales anotadas, podemos citar lo señalado por el Código Civil, el que en diversas disposiciones, cuando menciona al domicilio, lo conceptúa como una circunscripción territorial. Ejemplo de lo anterior y a reserva de volver a ello y comentarlo sistemáticamente, podemos citar lo establecido por el actual artículo 31 de nuestro ordenamiento civil, que en su fracción IX impone como domicilio a los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de 6 meses, *la población en que extingan dicha pena respecto de las relaciones jurídicas posteriores a la condena.*

Igualmente los artículos 649, 667 y 674 de nuestro ordenamiento civil permiten deducir que el domicilio comprende una circunscripción administrativamente determinada y no una mera dirección. En efecto, los tres artículos citados se refieren a publicaciones en los periódicos principales del *último domicilio* de quien se trate y absurdo sería pensar que el periódico adecuado para esas publicaciones es de una casa o de un negocio u oficina en concreto.

### **C) Alcances**

El domicilio ciertamente no se limita a un inmueble en particular; se amplía a una circunscripción territorial respecto de la cual una autoridad, sea judicial o administrativa, es competente en ese lugar y por ello todas las personas allí localizadas por la ley tienen domicilio y están vinculadas a la jurisdicción e imperio de la autoridad competente en el mismo.

Además, solo con esta interpretación se puede explicar el domicilio como atributo de la personalidad. Resulta lógico que al sistema jurídico no le interesa una localización en calle y número; su pretensión es tener localizado y ubicado al sujeto en una determinada circunscripción, para vincularlo y someterlo al imperio de sus poderes. Así se explica también que el domicilio de una persona física sea en última instancia, tal como lo establece el artículo 29 del Código Civil, a reserva también de comentarlo, el lugar en el que dicha persona se encuentre, si no hubiere otro lugar donde para el sistema legal estuviere ubicada.

## **3. Paradero, residencia y domicilio**

La consideración de una persona respecto de un lugar determinado, puede traducirse en diversas manifestaciones objetivas contempladas y analizadas por la doctrina; es factible por ello que a éstas se les atribuyan diversas consecuencias por el ordenamiento legal.

Cómo posiciones de una persona respecto de un lugar en particular, se citan el paradero para referirse al lugar en el que una persona se halla físicamente pero con permanencia sólo transitoria; la residencia, como el lugar de permanencia habitual de una persona y al domicilio como el lugar en el que el sujeto establece la sede principal de sus negocios e intereses; por ello, esta situación es de la que se desprende una estancia considerablemente más prolongada en comparación con las situaciones anteriores y que en muchas ocasiones se hace permanente.

El paradero y la residencia son situaciones fácticas por las que la persona físicamente está y se ubica en un lugar determinado. El domicilio por el contrario, es una situación jurídica; por ella, la ley da por presente a una persona en el lugar considerado como tal, no obstante en la realidad no esté físicamente presente.

Otro aspecto distintivo de la figura del domicilio es la razonable diferencia que hay, según apuntábamos, en la permanencia del sujeto en uno u otro lugares, ya se trate de paradero, residencia y domicilio, pues a propósito del primero sólo precisa una duración determinada, aun cuando sea meramente transitoria; la residencia por su parte, ya implica una permanencia habitual y el domicilio se traduce en un establecimiento considerablemente duradero y hasta definitivo.

"El paradero o morada -apunta TRABUCCHI- indica el lugar en el que la persona se halla, aunque sólo sea transitoriamente; pero precisa una determinada duración, como indica la misma palabra de la que deriva *parar morari*. Así, por ejemplo, si Ticio para visitar una ciudad permanece en ella, algunos días, allí se encontrará su paradero; pero no ocurrirá lo mismo con Caio que, por permanecer toda la noche en una estación esperando un tren con el que precisa enlazar, no tiene por ello el paradero en dicha estación. El paradero tiene un escaso interés jurídico; a él se recurre subsidiariamente, a falta de residencia para ciertas notificaciones judiciales (art. 139 c. pr. civ.)."

"La residencia es un *quid facti* que resulta del hecho de que la persona permanece habitualmente en un determinado lugar (art. 43 del c. civ.) con una estabilidad no perpetua y continua, pero duradera, acompañada de la, voluntad de fijar allí su propia vivienda. Con lo que resulta claro que, por ejemplo, durante un veraneo, no se adquiere una nueva residencia. La residencia puede ser modificada, y el cambio será eficaz frente a terceros cuando se hubiere anunciado mediante una declaración prestada a los alcaldes del nuevo y del antiguo lugar de aquélla (v. art. 44 del CC y 31 de las disposiciones actualizadas)."

"Por lo general, cada persona puede establecer su residencia donde crea oportuno (excepción hecha de la mujer, de los hijos menores y, por motivo distinto de los militares)."

"Se pueden tener, además, varias residencias, cuando la permanencia habitual se tuviera en varios lugares; este supuesto no es muy raro, especialmente tratándose de personas solteras."

"El domicilio es un *quid juris* determinado por el lugar donde una persona tiene la sede principal de sus negocios e intereses. Por tanto, esta relación con el territorio se basa en una situación jurídica, aun reposando sobre un elemento de hecho. En virtud de una presunción legal se entiende que el sujeto, sin necesidad de su presencia efectiva, se encuentra en el lugar de su domicilio. Sede 'principal' es un concepto relativo, pero exclusivo, en el sentido de que toda persona tiene un solo domicilio general (el centro principal); precisamente por no ser necesaria la presencia, en el domicilio, es por lo que se pueden tener dos o más residencias al propio tiempo que un solo domicilio."

Ahora bien, cuando del concepto de domicilio forma parte el propósito de establecerse en el lugar de que se trate, tal como nuestro Código Civil lo hizo, la residencia es considerada como la estancia habitual en un lugar sin el propósito de establecerse en él.

"El concepto de domicilio —asevera ROJINA VILLEGAS- es fundamental en el derecho. Conviene diferenciarlo de la residencia, porque ésta en sí no constituye domicilio y la ley no la toma en cuenta, para atribuirle los efectos jurídicos inherentes al mismo; se entiende por residencia la estancia temporal de una persona en un cierto lugar, sin el propósito de radicarse en él. La estancia temporal de la persona obedece a múltiples causas, puede incluso depender de situaciones determinadas por el derecho, por ejemplo, la estancia de los funcionarios estatales cuando es inferior a seis meses, por razón de sus servicios; la estancia de los sirvientes en la casa del patrón cuando es simplemente temporal; la estancia de las personas mayores en diferentes casas de su pertenencia, que no constituyen el domicilio ordinario. En todos estos casos el derecho no toma en cuenta la residencia para atribuirle los efectos que después veremos se aplican al domicilio. Sin embargo, la ley no pasa por alto este concepto, de tal manera que si tiene efectos jurídicos. La residencia puede servir, por ejemplo, para hacer notificaciones judiciales e interpelaciones. La residencia también se toma en cuenta para levantar determinadas actas del registro civil, por ejemplo, el acta de defunción. Cabe observar al respecto que no es conveniente ni necesario que ciertas actas se levantasen en el domicilio del difunto, pues se trata de acontecimientos que pueden realizarse en diferentes lugares, y desde este punto de vista la residencia sirve de referencia para poder atribuir estos efectos. En la nacionalidad y naturalización se toma en cuenta la residencia de los extranjeros, aun cuando no constituya domicilio, para imputar consecuencias jurídicas."

"En cambio, desde el punto de vista jurídico, el domicilio, es el centro al cual se refieren los mayores efectos jurídicos. Sirve de base para determinar la competencia de los jueces y la mayor parte de los actos civiles; asimismo, el domicilio es lugar normal del cumplimiento de las obligaciones y también del ejercicio de los derechos políticos o civiles. En tanto que el domicilio es permanente, la residencia es temporal por otra parte, el domicilio se impone por la ley a determinadas personas; en cambio, la residencia no es impuesta por la ley. La mujer casada tiene el domicilio de su esposo; los menores tienen el de los que ejercen la patria potestad o la tutela; los sujetos a interdicción tienen el de su tutor; los funcionarios del Estado tienen el domicilio del lugar donde ejercen sus funciones por más de seis meses; los militares el lugar donde se

encuentran asignados, los sujetos a una condena por más de seis meses, el sitio donde la cumplen. En la residencia no aparecen estos caracteres legales."

## **4. Clases de domicilio**

### **A) Domicilio general y domicilio especial**

El domicilio general debe considerarse en principio como el único de la persona pues es el que se refiere a todo el cúmulo de derechos y obligaciones de ésta y se traduce en el lugar donde está legalmente ubicado para cualquier efecto, sin necesidad de señalamiento expreso o pacto alguno al respecto.

Este domicilio es el que en todo caso, como regla general, es el ordinario de la persona y sólo por excepción para algunas situaciones jurídicas no se le tendrá con ese carácter.

El domicilio especial es el que por así aceptarlo convencional o unilateralmente quien corresponda, se le tiene como su domicilio para algunas consecuencias jurídicas en particular; bien puede ser el mismo o distinto lugar que el del domicilio general. La razón de ser del domicilio especial se explica en función de la segunda posibilidad, es decir, que por decisión de la persona interesada el cumplimiento de una obligación en particular no sea donde su domicilio general, sino en un lugar distinto. Que el domicilio especial coincidiera con el general, simplemente implicaría una mera reiteración carente de objeto.

### **B) Domicilio voluntario y domicilio legal**

Dada la prevalencia de la autonomía de la voluntad privada, cristalizada legislativamente hasta en disposiciones previsoras de la libertad de tránsito, de trabajo, etc., usual y ordinariamente cada quien fija su domicilio donde lo crea conveniente y sólo a ciertas personas, por excepción, y por circunstancias concretas como incapacidad, servicio público, privación de la libertad ordenada por sentencia dictada en materia penal, etc., la ley les asigne domicilio.

En el primer caso, cuando el señalamiento del domicilio depende sólo de la voluntad del sujeto, estamos ante el domicilio voluntario. En el segundo ante el legal, también llamado necesario; en este segundo supuesto, el incapacitado, por ejemplo,

suele tener como su domicilio el de su representante legal por así ordenarlo la ley.

"El domicilio voluntario -indica TRABUCCHI- se distingue del necesario o legal. El primero se determina libremente por el individuo; el segundo se establece por la ley para ciertas personas sujetas a la potestad familiar o tutelar: así ocurre con la mujer no separada legalmente, con el menor no emancipado, sometido a la patria potestad o a la tutela, y con el interdictado."

### ***C) Domicilio convencional***

Las disposiciones aplicables permiten que alguien pueda aceptar unilateral o contractualmente se le tenga un domicilio distinto al ordinario para el cumplimiento de ciertas obligaciones. Este es el caso del domicilio convencional, o sea, el que se tiene derecho de designar para cumplir ciertas obligaciones. Se trata de un domicilio especial, pues sus efectos se circunscriben únicamente a aquellas situaciones jurídicas para las cuales fue designado.

## ***5. Regulación del domicilio en el Código Civil***

### ***A) Evolución***

La conceptualización legal del domicilio desde los Códigos de 70 y 84 a la fecha ha variado considerablemente. Los ordenamientos civiles anteriores al vigente señalaban ciertos requisitos para el domicilio, los que se modificaron gradualmente en el texto original del Código actual a su vez objeto de modificaciones en época reciente.

#### ***a) Antecedentes***

- *Códigos de 70 y 84*

De conformidad con el artículo 26 del Código Civil de 1870, cuyo texto íntegro se reproduce en el artículo 27 del de 1884, "el domicilio de una persona es el lugar donde

reside habitualmente; a falta de éste, el en que tiene principal asiento de sus negocios. A falta de uno y otro, se reputa domicilio de una persona el lugar en que ésta se halla".

- *Concepto original en el Código de 28*

Desde el inicio de su vigencia hasta los primeros días de 1988, los artículos 29 y 30 del Código Civil vigente contuvieron el concepto legal de domicilio para las personas físicas. El texto de ambos preceptos fue entonces como sigue:

"ART. 29.-El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle."

"ART. 30.-Se presume el propósito de establecerse en un lugar, cuando se reside por más de seis meses en él. Transcurrido el mencionado tiempo el que no quiera que nazca la presunción de que se acaba de hablar, declarará dentro del término de quince días, tanto a la autoridad municipal de su anterior domicilio, como a la autoridad municipal de su nueva residencia, que no desea perder su antiguo domicilio y adquirir uno nuevo. La declaración no producirá efectos si se hace en perjuicio de tercero."

#### *b) Concepto actual*

A consecuencia de las reformas a nuestro ordenamiento civil publicadas en el *Diario Oficial* del 7 de enero de 1988 y vigentes a partir del día siguiente, el concepto legal del domicilio se ofrece en el artículo 29 reformado, según el cual "el domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de estos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren. Sé presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses".

#### *c) Comentarios*

1° Señalar que en defecto de cualquier otro supuesto, el domicilio será el lugar en el que alguien se encuentre, es común denominador de las posturas observadas por las legislaciones civiles desde el Código de 70 hasta las reformas de 1988 sufridas por el vigente, para no dejar posibilidad alguna, de que falte domicilio a alguien. Con ello es como la ley cumple con el principio general según el cual, todos debemos tener y tenemos domicilio.

2° La determinación del domicilio en los Códigos de 70 y 84, queda sujeta a un elemento estrictamente objetivo, es decir, será domicilio de una persona, conforme lo establecido por dichos ordenamientos, el lugar donde aquélla reside habitualmente; a falta de dicho lugar, aquél en el que el sujeto tiene el principal asiento de sus negocios y a falta de uno y otro el lugar donde se encontrare. Pues bien como podrá observarse en efecto, los tres supuestos señalados por los códigos anteriores se refieren a

elementos estrictamente objetivos con los cuales el domicilio se integra. En consecuencia, dichos elementos pudieron ser y fueron materia de prueba directa.

La previsión original del domicilio en el Código Civil vigente, señalada como veíamos en sus artículos 29 y 30, combina un elemento objetivo y un elemento subjetivo, por lo menos en el primer supuesto de asignación de domicilio.

En efecto, según recordamos, el domicilio de una persona física; conforme al texto original del artículo 29 del Código Civil actual, fue el lugar donde una persona habitualmente residía con el propósito de establecerse en él, falta de este lugar, en el que tuvo el principal asiento de sus negocios y a falta de uno y otro, el lugar donde se encontraba.

Los dos segundos supuestos, o sean, el lugar en el que la persona tuvo el principal asiento de sus negocios y en su caso, el lugar en que se hallare, son elementos estrictamente objetivos y como tales, materia de prueba directa. El primer supuesto en cambio, como indicábamos, contiene la combinación de los dos elementos señalados; objetivo el primero y subjetivo el segundo.

El elemento objetivo del concepto de domicilio previsto hasta antes de las últimas reformas, consiste en el lugar donde una persona reside. Se trata de lo considerado en doctrina como la residencia, mas conforme al concepto indicado, la mera residencia no es suficiente, sino que ésta debía combinarse con el elemento subjetivo, o sea, el propósito en la persona de establecerse en dicho lugar.

Este segundo elemento, por su contenido estrictamente subjetivo consistente en el propósito de la persona de establecerse en el lugar a donde a su vez tenía su residencia, no podía ser objeto de prueba directa. Por ello, ante la subjetividad de su contenido, debía probarse mediante la presunción establecida en el artículo siguiente, o sea, que el propósito de una persona de establecer, en el lugar donde residía, se desprendía de su permanencia en él por más de 6 meses. Si transcurrido ese tiempo, la persona no hubiere querido que naciera la presunción anotada, debía acudir, según lo establecía el propio precepto, a las autoridades municipales tanto la de su nueva residencia como la de su domicilio, para hacer saber a ambas su intención de no adquirir nuevo domicilio sino conservar el entonces vigente. Cabe anotar además, que la presunción contenida en el artículo 30 original del Código Civil actual no es una presunción *iuris tantum*, pues la comparecencia del interesado ante las autoridades municipales mencionadas no era para probar lo contrario a lo presumido, sino más bien para que no naciera la presunción señalada.

La actualización del concepto de domicilio contenida en las últimas reformas, suprimió el elemento subjetivo anotado del propósito que debía tener una persona de establecerse en el lugar donde residía. En efecto, como lo hemos apuntado líneas atrás, el domicilio de una persona física, de acuerdo con el texto vigente del artículo 29 del código Civil, es el siguiente:

*Uno.* En primer término, el lugar donde la persona resida habitualmente;

*Dos.* A falta del anterior, el lugar donde la persona tenga el centro principal de sus negocios;

*Tres.* A falta de los dos señalados con antelación, el lugar donde la persona simplemente resida; y

*Cuatro.* En defecto de todos, el lugar donde se encuentre.

Como podrá observarse, el concepto que el Código Civil ofrece en la actualidad respecto del domicilio, ha suprimido de su contenido el elemento subjetivo consistente en el propósito de una persona de establecerse en el lugar donde resida. Además, la mera residencia ha sido tomada como el domicilio de una persona ante la falta de residencia habitual y de un lugar donde se tenga el asiento principal de los negocios.

Además, conforme lo previsto por el segundo párrafo del artículo 29 actual, si una persona permanece en un lugar más de 6 meses, hace presumir que allí reside habitualmente.

En relación con la supuesta presunción referida, podemos considerar que en realidad no fue más que por la fuerza de la inercia de señalar presunciones en materia de domicilio, pues con que en el primer párrafo del artículo y como primer supuesto se hubiera establecido que el domicilio de las personas físicas es el lugar donde reside por más de seis meses no hubiera habido la necesidad de recurrir a esa residencia habitual y pretender presumirla por el hecho de residir en ese lugar por más de 6 meses.

En efecto, el señalamiento como presunción de los 6 meses de permanencia en un lugar, no hace que se ponga en juego el significado y concepto mismo de la presunción la cual, como se recordará, consiste en derivar de un hecho conocido otro desconocido, pues en el caso, la residencia habitual de una persona no es un hecho desconocido ya que es suficiente con el señalamiento de la que para la ley se considere como habitualidad en una residencia, para no estar ante un hecho desconocido.

## ***B) Casos del domicilio legal***

El Código Civil actual antes de las reformas señaladas, se refería en su artículo 32 de entonces, a cinco diversos casos de domicilio legal.

Por las reformas sufridas 'en el capítulo relativo la enumeración de los casos de domicilio legal le corresponde al artículo 31 actual. Dicho precepto conserva los cinco

que contenía el artículo 32 anterior y agrega otros cuatro, todos los cuales se contienen en sus nueve distintas fracciones. Su texto es el siguiente:

"ART. 31.-Se reputa domicilio leal:

"I. Del menor de edad no mancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto;

"II. Del menor de edad que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor;

"III. En el caso de menores o incapaces abandonados, el que resulte conforme a las circunstancias previstas en el artículo 29;

"IV. De los cónyuges, aquél en el cual los vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista el artículo 29;

V.- De los militares en ese servicio activo, el lugar en que es destinados;

"VI. De los servidores públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses;

VII. De los funcionarios diplomáticos, el último que ha tenido en el territorio del estado acreditante salvo con respecto a las obligaciones contraídas localmente; del Estado que los haya designado o el que hubieren tenido antes de dicha designación respectivamente, salvo con respecto a obligaciones contraídas localmente; y

"VIII. De las personas que residan temporalmente en el país en el desempeño de una comisión o empleo de su gobierno o de un organismo internacional, será el del Estado que los haya designado o el que hubieren tenido antes de dicha designación respectivamente, salvo con respecto a obligaciones contraídas localmente; y

"IX. De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena, en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido."

### **C) Domicilio conyugal**

Debemos referirnos particularmente al domicilio conyugal, pues un considerable número de efectos producidos por el matrimonio giran en torno a él. Tal es el caso, por ejemplo, como se ha citado con anterioridad (supra p. 198), que si del *status conyugal* deriva el derecho a la vida en común con el correlativo deber de la cohabitación, debe entenderse que la dinámica vivencial de dicho efecto sólo tiene lugar, y así se entiende lógicamente, en el domicilio conyugal. Tan es como lo hemos asentado, que sin mención expresa al domicilio sino a la casa o al hogar conyugal, las fracciones octava y novena del artículo 267 del Código Civil, contenedor en sus diversas fracciones de las causas de divorcio, se refieren como a la separación de la casa conyugal o en su caso del hogar conyugal.

Ahora bien, el Código Civil vigente no ofreció en un principio una definición de lo que en su concepto es el domicilio conyugal. Más aún, ni siquiera aludió inicialmente a dicho domicilio.

El texto original del artículo 163 del Código, vigente desde que dicho ordenamiento lo fue hasta principios de 1954, indicó que la mujer debía vivir al lado de su marido y que los tribunales podían eximirla de dicha obligación cuando aquél trasladara su domicilio a país extranjero salvo si lo hacía en servicio de la patria. Podían también liberarla de la citada obligación cuando el marido se estableciera en un lugar insalubre e indecoroso.

Más adelante, a partir de 1954, el precepto indicado fue reformado para darle cabida al señalamiento de que los cónyuges vivirían juntos en el domicilio conyugal, sin indicar el concepto de éste y con las mismas salvedades señaladas de cambiar en un momento dado el domicilio al extranjero o de vivir en lugares inconvenientes.

Es en marzo de 1984 cuando un nuevo texto del artículo 163 de nuestro ordenamiento civil inicia su vigencia. Por una parte insiste en el señalamiento según el cual, los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal y además considera a éste como el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges donde ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales. Además, también se repite las salvedades en cuanto que los cónyuges están obligados a vivir en un mismo lugar.

A mayor abundamiento, como notamos se desprende del inciso anterior, de acuerdo con el texto actual del artículo 31 del código, el domicilio conyugal es un caso de domicilio legal. La fracción IV del precepto señalado establece según recordamos, que el domicilio legal de los conyuges es en el que éstos vivan de consuno.

#### ***D) Domicilio convencional***

Es de la naturaleza de la dinámica del Derecho de las obligaciones, que el lugar para el cumplimiento por parte del deudor sea el de su domicilio, salvo que se hubiere convenido lugar distinto o bien si las circunstancias, la naturaleza de la obligación o la ley, hicieran desprender que dicho cumplimiento deba ser en lugar distinto.

En efecto, "Por regla general -establece el artículo 2,082 del Código Civil el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley. . ."

Que las partes convengan en un lugar de pago distinto al de la naturaleza legal, implica la presencia del domicilio convencional para el cumplimiento de ciertas obligaciones. A él se refiere el artículo 34 de nuestro código conforme al cual, "se tiene

derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones".

## **6. Efectos del domicilio**

El efecto principal producido por el domicilio de una persona física, es que significa el lugar en donde ésta debe cumplir con las obligaciones por ella contraídas, sin más salvedades que las legal o convencionalmente factibles de presentarse.

Además, por el lugar del domicilio, tal como lo hemos indicado con anterioridad, un individuo queda vinculado a las autoridades judiciales y administrativas territorialmente competentes en la circunscripción de que se trate. A dichas autoridades son a las que el sujeto podrá recurrir con más facilidad, en principio, por la cercanía razonablemente habida entre donde dicha persona esté ubicada y la sede de la autoridad correspondiente.

Asimismo, el domicilio es un factor tomado en cuenta con frecuencia para el señalamiento del juez competente respecto del conocimiento de ciertos asuntos. Así, el artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles se refiere al domicilio del sujeto en sus fracciones IV, V, VII, IX, X y XII. El contenido completo del precepto indicado es el siguiente

"Art. 156.-Es juez competente:

"I. El del lugar que el deudor haya designado para ser requerido judicialmente de pago;

"II. El del lugar señalado en el contrato para el cumplimiento de la obligación. Tanto en este caso como en el anterior, surte el fuero no sólo para la ejecución o cumplimiento del contrato, sino para la rescisión o nulidad;

"III. El de la ubicación de la cosa, si se ejercita una acción real sobre bienes inmuebles. Lo mismo se observará respecto a las cuestiones derivadas del contrato de arrendamiento de inmuebles;

"IV. El del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles, o de acciones personales o del estado civil.

"Cuando sean varios los demandados y tuvieren diversos domicilios, será competente el juez que se encuentre en turno del domicilio que escoja el actor;

V.- En los juicios hereditarios el juez en cuya jurisdicción haya tenido su último domicilio el autor de la herencia; a falta de ese domicilio, lo será el de la ubicación de los bienes raíces que forman la herencia; y a falta de domicilio y bienes raíces, el del lugar del fallecimiento del autor de la herencia; lo mismo se observará en casos de ausencia;

"VI. Aquél en cuyo territorio radica un juicio sucesorio el juez es competente para conocer:

- "a) De las acciones de petición de herencia;
  - "b) De las acciones contra la sucesión antes de la partición y adjudicación de los bienes;
  - c) De las acciones de nulidad, rescisión y evicción de la partición hereditaria;
- "VII. En los concursos de acreedores, el juez del domicilio del deudor;
- "VIII. En los actos de jurisdicción voluntaria, el del domicilio del que promueve, pero si se tratare de bienes raíces, lo será el del lugar donde estén ubicados;
- "IX. En los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados, el juez de la residencia de éstos, para la designación del tutor, y en los demás casos el del domicilio de éste;
- "X. En los negocios relativos a suplir el consentimiento de quien ejerce la patria potestad, o impedimentos para contraer matrimonio, el del lugar donde se hayan presentado los pretendientes;
- "XI. Para decidir las diferencias conyugales y los juicios de nulidad del matrimonio, lo es el del domicilio conyugal;
- "XII. En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado."

## **7. Ausencia**

### **A) Generalidades**

Hemos señalado que la finalidad del domicilio es la vinculación del sujeto a las autoridades del lugar, especialmente para establecer un orden en cuanto al llamamiento accesible por parte de dichas autoridades a las personas a cuyo imperio están sometidas. Ahora bien, para el señalamiento de ese lugar, también mencionábamos, se acude a elegir como tal al más frecuentado por el sujeto, por tener en él, según lo señala la doctrina, el principal asiento de sus intereses.

Ello se traduce en que sea el lugar donde se esté más tiempo, ya se trate de su casa habitación, de su negocio, o de otro.

Sin embargo, en ocasiones una persona sale del sitio donde se le tiene localizada y no regresa a él, y no sólo, sino además, dicha persona desaparece y se duda inclusive respecto de su existencia, por ignorarse donde esté y no tener noticias suyas, situación ésta en la que injusto sería mantener a dicha persona como presente en un determinado lugar sin tener quien la representara e hiciera frente a las gestiones y cuestiones relacionadas con sus negocios; por ello, para los casos en los que una

persona desaparece y no se tiene noticia inclusive sobre su existencia, es que el Derecho ha creado y fomentado, con cristalización legal, el procedimiento de la ausencia.

Como es comprensible, la incertidumbre tenida a propósito no sólo del paradero de alguien, sino de si existe o ya hubiere fallecido, trae como consecuencia que difícilmente durante el procedimiento de ausencia haya medidas con efectos definitivos, pues alcanzar llegar a tener certeza de la existencia o fallecimiento del desaparecido, bien sea por saber de él en uno u otro sentido, o incluso, porque regrese al lugar de su domicilio, hace que todas esas medidas pierdan su vigencia y se adopten otras, ya producidas por el fallecimiento, o por el contrario, porque la persona regrese, pero diversas en todo caso de las tomadas durante su ausencia.

Sin embargo, conforme transcurra más tiempo a partir de la desaparición de una persona, más probabilidades, por razón natural, habrá de su fallecimiento. Por eso, las medidas a tomarse durante el procedimiento de ausencia, más se acercan a las consecuencias que el fallecimiento de un sujeto trae aparejadas y más serán los efectos creados por la ausencia que deberán destruirse si el desaparecido regresa.

Señaladas estas premisas, pasemos a comentar los distintos periodos del procedimiento de ausencia, el cual, como veremos, termina con la declaración de presunción de muerte del ausente.

## ***B) Periodos***

De conformidad con el capítulo relativo del Código Civil, tres son los periodos en los que el procedimiento de ausencia se divide, desde la desaparición de la persona hasta que se le declara presuntivamente muerta.

Dichos periodos son los siguientes:

- a) presunción de ausencia;
- b) Declaración de ausencia;
- c) Presunción de muerte.

Los tres periodos indicados están en los diversos capítulos del título relativo del Código Civil y sus lineamientos generales los señalamos a continuación:

### *a) Presunción de ausencia*

El primer periodo a propósito de todo el procedimiento de ausencia y de presunción de muerte es el de presunción de ausencia; corre desde los trámites iniciales que se lleva a cabo a raíz de la desaparición de una persona, hasta la declaración de su ausencia.

El artículo 649 del Código Civil dispone que ante la desaparición de una persona respecto de la cual ignora si tiene o no representante, la autoridad judicial, bien sea a petición de parte u oficiosamente tomará las medidas siguientes:

1. Le nombrará depositario de sus bienes.
2. Le citará por edictos a publicarse en los principales periódicos de su último domicilio, para que se presente entre los 3 y 6 meses siguientes. Copia de dichos edictos se remitirán a los cónsules mexicanos del extranjero donde se tenga duda fundada de que el desaparecido ahí vive.
3. Dictará las medidas necesarias para el aseguramiento de los bienes del desaparecido.

Si el desaparecido tiene hijos menores bajo su patria potestad y no haya otros ascendientes ni tutor testamentario o legítimo, el Ministerio Público deberá pedir al juez competente -Juez de lo Familiar- la designación del tutor dativo (artículo 651 en relación con los artículos 496 y 497 del Código Civil).

La designación del depositario puede ser solicitada por el Ministerio Público o por quien deba litigar contra el ausente o defender sus derechos; el nombramiento podrá recaer primero en el cónyuge, después en el hijo más apto o en el único hijo; en defecto de éstos, en el ascendiente más próximo y en defecto de ellos en el presunto heredero. Las obligaciones del depositario son las de un depositario judicial (artículos 652, 653 y relativos).

Si transcurren los seis meses indicados como plazo dado al desaparecido para su comparecencia sin haber tenido ésta lugar en forma personal o por tutor o apoderado, el juez procederá a designarle representante; el nombramiento recaerá en una de las personas de las que fueron llamadas a ser depositario.

Quien desempeñe el cargo de representante del desaparecido es el administrador de sus bienes y le es aplicable todo el estatuto jurídico contenido en la ley para los tutores en cuanto a facultades, restricciones, obligaciones, retribución, impedimento, excusas, remoción, etc. (artículos 660 y siguientes).

El cargo de representante termina porque el ausente regrese o porque presente un apoderado de aquél, se sepa por el contrario de su muerte y se entregará la

posesión provisional de los bienes del ausente a sus herederos legítimos o testamentarios (artículos 665, 681 y relativos).

### *b) Declaración de ausencia*

Cuando hubieren transcurrido dos años a partir del día de designación del representante, los presuntos herederos legítimos o en su caso los testamentarios, algún acreedor o deudor del ausente o el Ministerio Público, podrán demandar la declaración de su ausencia. Promovida que fuere aquélla, si el juez la considera fundada, ordenará su publicación durante tres meses en los diarios indicados en el artículo 674, el que dispone su remisión también al extranjero como cuando el ausente fue citado por primera vez.

Cuatro meses después de la última publicación, si el paradero del desaparecido no se conoce aún, el juez declarará formalmente su ausencia, con la publicación de ésta por los mismos medios.

La declaración de ausencia trae aparejadas como consecuencias principales que de haber un testamento otorgado por el ausente, deberá procederse judicialmente a poner en posesión provisional de sus bienes a los herederos testamentarios que hubiere instituido; de no haber testamento, dicha posesión deberá darse a quienes tuvieren el carácter de herederos legítimos cuando el ausente desapareció.

Esa posesión provisional atribuirá a quien la tenga los mismos derechos y obligaciones asignados al tutor respecto de los bienes del pupilo. Inclusive el poseedor deberá garantizar su manejo.

La posesión provisional garantizada trae aparejada, a su vez, la extinción de las funciones del representante; más aún, quienes entran en posesión provisional están facultados para exigirle cuentas.

La declaración de ausencia interrumpe la sociedad conyugal salvo pacto en contrario en las capitulaciones matrimoniales; permite separar los bienes que pertenecen al cónyuge de los que éste podía disponer libremente; de no tener bienes del cónyuge presente, tendrá derecho a alimentos.

Así, la declaración de ausencia, como periodo en todo este procedimiento, se desplaza en el tiempo hasta los seis años de haber sido declarada.

Si el ausente regresa en ese lapso o se sabe de su existencia, podrá recuperar sus bienes, salvo los frutos industriales y la mitad de los frutos naturales, así como la mitad de los frutos civiles, pues éstos serán para las personas que fueron puestas en posesión provisional de los mismos. Además, de regresar el ausente, la sociedad

conyugal, si la hubo en su matrimonio, recobrará vigencia.

Es interesante, por otra parte, hacer notar también que conforme la fracción X del artículo 267 del Código Civil, la declaración de ausencia legalmente declarada es causa de divorcio que el cónyuge presente puede invocar contra el desaparecido.

### *c) Presunción de muerte*

El transcurso de seis años a partir de cuando la ausencia de alguien se declaró, permite al juez competente, a instancia de parte interesada, declarar presuntivamente muerto al ausente.

La consecuencia de esa declaración de presunción de muerte es que los herederos y demás interesados entran en posesión definitiva de los bienes del ausente. Además, la declaración de presunción de muerte pone término a la sociedad conyugal.

Si después de haberse declarado presuntivamente muerto a alguien y de haberse puesto en posesión definitiva de sus bienes a las personas favorecidas con ello, aquél regresare o se tienen noticias de él, entonces recobrará sus bienes y hasta el precio de los enajenados, pero no tendrá derecho a fruto alguno.

### **C) Presunción de muerte directa**

La ley contiene un procedimiento especial para aquellos casos en que una persona desaparezca por guerra, naufragio, incendio, explosión, terremoto, inundación y otros supuestos semejantes. En apego a dicho procedimiento, se puede declarar presuntivamente muerto al desaparecido, bien sea a los dos años de su desaparición o en su caso a los seis meses de la misma; según el acontecimiento motivador de dicha desaparición; así lo establecen los dos segundos párrafos del artículo 705 de nuestro Código, con el respectivo texto siguiente:

Art. 705. --Cuando hayan transcurrido 6 años desde la declaración de ausencia, el juez a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

"Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contado, desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia; pero sí se tomarán medidas provisionales autorizadas por el capítulo I de este Título.

"Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, tetrará el transcurso de seis meses cantados a partir del trágico acontecimiento para que el juez de lo familiar declare la presunción de muerte. En estos casos, el juez acordará la publicación de la solicitud de declaración de presunción, de muerte, sin costo alguno y hasta por tres veces durante el procedimiento que en ningún caso excederá de treinta días."

A propósito de lo contenido en la parte transcrita del precepto indicado, debernos tener en consideración que el texto del mismo fue modificado por reformas publicadas en el Diario Oficial de 10 de enero de 1986, con vigencia a partir del mismo día: la situación vivida en la ciudad de México a consecuencia de los sismos sufridos por ella en septiembre de 1985 fue el motivo de tales reformas.

En efecto, hasta antes de esas modificaciones, todos los supuestos caían en un segundo párrafo del artículo señalado, el cual aludía a participación en una guerra, estar a bordo de un buque que naufragara o verificación de explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante, con el señalamiento de una declaración de presunción de muerte directa a los dos años de acaecido el acontecimiento origen de la desaparición de alguien.

Como podrá observarse, los dos años se conservan en el texto actual del precepto únicamente para el caso de participación en guerra, naufragio, inundación u otros siniestros semejantes. En cambio, si la desaparición es a consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, será suficiente el transcurso de seis meses a partir del trágico acontecimiento para que el juez competente declare la presunción de muerte.

En relación con lo anterior, parecen aconsejables dos comentarios. Por una parte, haber reducido a seis meses el plazo para la declaración de presunción de muerte se antoja una precipitación exagerada, pues hay que partir de la trascendencia de la declaración de la presunción de muerte, es precisamente el señalamiento de la terminación de una personalidad jurídica, aun cuando sea de manera meramente presuntiva. Es también de tener en consideración por la otra, que dicha reforma no podrá, aplicarse respecto de personas desaparecidas a consecuencia de los sismos de 85, pues ello sería una aplicación retroactiva en su perjuicio; más bien, su aplicación debería ser para cualquier situación que haya llegado o llegare a presentarse durante su vigencia con su tratamiento nuevo al respecto.

## VI. EL NOMBRE

### 1. Consideraciones generales

De lo comentado hasta ahora a propósito de los atributos de las personas físicas, se desprende ese amalgamamiento habido entre esos diversos atributos; que su conjunto, en unión de los pendientes de comentarse, integran la personalidad jurídica del sujeto. Además, no obstante que cada uno de dichos atributos admiten su análisis aislado e independiente de los otros, porque así lo aconseja cualquier ordenación sistemática, sea didáctica o legislativa, de cualquier manera, existe una cohesión total entre ellos.

En efecto, cada uno de los atributos de la personalidad tiene un contenido de todos los demás; así, la capacidad, concretamente la capacidad de goce, como la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, condiciona a todos los otros atributos, pues éstos no pueden explicarse y carecerían de sustancia, sin esa aptitud. Trátese del estado civil, del patrimonio o de cualquier otro atributo distinto al de la capacidad, éste condiciona la titularidad de derechos y obligaciones materia de los demás.

Así, el estado civil implica la situación jurídica del sujeto frente a los miembros de su familia que trae consigo una pluralidad de relaciones jurídicas con sus respectivos derechos y obligaciones, a propósito de los cuales, sería ociosa cualquier consideración si faltare la capacidad, pues los derechos y obligaciones del estado civil, como los correspondientes a cualquier otro atributo, son precisa y lógicamente aquellos para los que se tiene o no capacidad, como aptitud o no para ser titular de los mismos.

Igualmente sucede con el domicilio el orden jurídico, corra antes nos referiremos remos a ello, requiere tener localizado con precisión al sujeto, para vincularlo con las autoridades judiciales y administrativas de una plaza determinada, en la que dichas autoridades son competentes por territorio, pero todo ello es en función de los derechos de la titularidad del sujeto, y que en su caso le corresponde ejercitar, o bien de las obligaciones que pueda contraer y cumplir para vigilar su cumplimiento. En defecto de esto último, entonces para proceder en términos de ley ante la mora del sujeto. Unos y otras son tales en virtud de la capacidad de aquél.

Pues bien, la misma situación se observa entre el nombre y la capacidad. El orden jurídico requiere tener identificados a todas las personas, en este caso las físicas, para hacer prevalecer una claridad plena a propósito de quien es el titular de ciertos derechos y obligaciones. Para ello, el Derecho ha instituido precisamente el nombre y lo ha perfeccionado en el transcurso del tiempo.

La finalidad del nombre, como atributo de las personas físicas, es individualizar e identificar al sujeto con sus correspondientes *status*.

"En todos los tiempos, aun en las sociedades más primitivas -relata LUCES GIL- se ha sentido la necesidad de emplear signos para designar a las personas y para distinguir unas de otras. Se trata de una exigencia ineludible de la realidad social, del modo de ser y de organizarse los grupos humanos. Para que pueda hablarse del hombre en particular, como individuo determinado de la especie, es preciso asignarle un símbolo o marca que lo individualice y diferencie de los demás. Y, no se trata sólo de una elemental exigencia organizativa de la sociedad: es también consustancial a la propia naturaleza Humana el deseo de distinguirse de los demás, de afirmar su propia individualidad, el ser uno mismo, distinto y diferente a los otros. Como ha dicho RICO PÉREZ, los hombres, que admiten ser iguales por pertenecer a la misma especie, no se resignan, en cambio, a no individualizarse a través de su conducta, de sus cualidades, en suma, por su personalidad."

"Pero cualquier organización jurídico-social, por rudimentaria que sea, presupone no sólo la diferenciación o individualización de los miembros que la componen sino también la posibilidad de su identificación. Sobre esta doble exigencia conviene hacer ciertas precisiones. *Individualizar* es señalar o determinar los seres por sus características particulares para distinguir unos de otros, separar los individuos comprendidos en la especie para particularizarlos y diferenciarlos entre si. *Identificar*, en cambio, es verificar la identidad, es decir, comprobar o acreditar si una persona es la misma que se supone o busca. La identificación es un proceso de investigación (o su efecto) mediante el que se comprueba si el sujeto es realmente el mismo que pretende ser o el que se indaga."

## **2. Definición y estructura**

Sentado lo anterior y de conformidad con lo observado por nuestro sistema jurídico, podemos afirmar que el nombre es el conjunto de vocablos, el primero opcional y los segundos por filiación, mediante los cuales una persona física es individualizada e identificada por el Estado y en sociedad.

En la estructura del nombre están un o unos primeros vocablos opcionales en cuanto a su asignación, aun cuando una vez hecha ésta, el sujeto quedará con ellos, señalado e identificado pero en todo caso esa opción se debe a que normalmente dicho vocablo o de ser varios, entonces dichos vocablos, es o son elegidos por quienes presentan a quien se trate al Registro Civil, para hacer constar su nacimiento o el reconocimiento del que en su caso fuere objeto. Ese o esos vocablos son el nombre propio, prenombre, nombre de "pila" o simplemente nombre, que individualiza al sujeto entre los miembros de su familia.

Los segundos vocablos, que pasan a formar parte del nombre *por filiación*, son el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre y como decíamos, son a su vez los apellidos o apelativos del sujeto; éstos lo ubican e individualizan en función de

la familia de la que forma parte, que aunado ello a su nombre de pila, trae consigo la individualización total.

Ciertamente, la fórmula compuesta por todos esos vocablos, nombre de pila apellido paterno y apellido materno, individualizan a la persona en todo sentido y ante cualquier núcleo, sea su familia o la sociedad en general.

### **3. Acepciones**

Aludir al "*nombre*", puede ser en un sentido restringido para referirse al vocablo que individualiza al sujeto en su familia, y en un sentido amplio, para hacer referencia a todo el complejo compuesto por nombre o nombres de pila y apellidos, el cual trae consigo una individualización no sólo en la familia sino en general.

Aún en las diversas disposiciones legales relacionadas con el nombre, en ocasiones lo hacen para señalar al de pila estrictamente considerado, o al nombre como fórmula compleja compuesta por los nombres de pila y por los apellidos. Ocasionalmente la fórmula es utilizada en ambos sentidos en un mismo dispositivo. Como ejemplos de lo anterior podemos citar los siguientes preceptos del Código Civil:

a) En los artículos 67, 91 y 119 de dicho ordenamiento, se habla al mismo tiempo de nombre y de nombre y apellidos, para aludir en ambos casos a la fórmula completa de identificación del sujeto.

b) Los artículos 58, 86, 97 y 3060 fracción V y 3063 fracción III se refieren a nombre y apellidos. en tanto que los artículos 60, 62 y 3072 fracción I, aluden únicamente a nombre, pero en todo caso, tanto en los primeramente señalados como en estos últimos, con ello se pretende hacer referencia al complejo de la fórmula, es decir, a su integración por nombre o nombres de pila y apellidos.

En la Ley del Notariado, un mismo precepto, el 62, en su fracción IV, se refiere únicamente a nombre; no obstante, de su contenido se infiere que más bien se trata de nombre y apellidos; en su fracción XII en tanto, sí señala la utilización de nombre y apellido para el caso que prevé.

Pues bien, dada la doble acepción del vocablo, debe entenderse que en todo caso, cuando la ley alude únicamente a *nombre* se trata de su acepción amplia, es decir como la fórmula o el complejo compuesto por nombre de pila y apellidos. En cambio, cuando la propia ley hace referencia precisamente a nombre y apellido, la palabra nombre se utiliza en su acepción restringida, es decir, cuando mediante la cual se pretende aludir sólo al nombre de pila, éste como parte integrante del nombre completo del sujeto.

#### **4. El nombre como atributo**

Que el nombre de una persona, física sea uno de los atributos de la personalidad, se traduce en primer lugar, en que todo ser humano tiene un nombre, el cual, en última instancia, se compone con el correspondiente apellido paterno de sus progenitores, por lo que cuenta con él desde el mismo momento de su procreación; se ve complementado con el número ordinal que le correspondiere como hijo de esa pareja, a reserva de que le sea asignado oficialmente un nombre de pila.

Ese nombre se tiene por el mero hecho de la procreación, aun cuando el hijo no haya sido objeto de presentación en el Registro civil o de reconocimiento en su caso, o que se hubiere condenado por sentencia al progenitor en un juicio de investigación de la paternidad, pues bajo cualquier supuesto, estos acontecimientos declaran legalmente lo sucedido desde su origen, es decir, la filiación habida entre el hijo y sus progenitores.

En efecto, cuando un hijo es reconocido o bien cuando se dicta una sentencia sobre la paternidad o maternidad, el carácter de hijo no nace a partir de entonces. Por esos instrumentos jurídicos simplemente se pone de manifiesto y se actualizan y revisten de legalidad, situaciones existentes nacidas con la procreación misma.

Así pues, que el artículo 389 del código Civil señale dentro de los derechos del reconocido el que éste lleve el apellido de quien lo reconoce, debe entenderse como el derecho de ostentar el nombre, porque el nombre mismo ya se tiene desde siempre; simplemente su posibilidad de ostentación estaba pendiente y condicionada a que proviniera de los mecanismos establecidos era el sistema legal para que alguien incluya oficialmente en su nombre el apellido de quien lo procreó.

La utilización del nombre es exclusiva de su titular; el derecho al nombre es intransferible; es además inembargable e imprescriptible, carece de contenido económico directo, sien perjuicio de las prestaciones que una persona pueda lograr por permitir relacionar su nombre con asuntos de carácter comercial.

Ahora bien, esa exclusividad de llevar el nombre, no sólo es un derecho también se tiene el deber de ostentarlo; su ocultamiento ante el requerimiento de una autoridad se considera como la comisión de un delito, en los términos establecidos por el artículo 249 del Código Penal, del texto siguiente

"ART. 249.-Se castigará con prisión de tres días a seis meses o de 30 a 180 días multa

‘I Al que oculte su nombre o apellido y tome otro imaginario o el de otra persona, al declarar ante la autoridad judicial;

"II. Al que, para eludir la práctica de una diligencia judicial o una notificación de cualquier clase o citación de una autoridad, oculte su domicilio, o designe otro distinto o niegue de cualquier o el

verdadero; y

"III.- Al funcionario o empleado público que, en los actos propios de su cargo, atribuyere a una persona título o nombre a sabiendas de que no le pertenece.

## **5. El nombre de la mujer casada**

Los efectos que la unión matrimonial trae aparejados, pueden incluir la modificación del nombre de la mujer; es usual y hasta legal en algunos sistemas que la mujer suprima su o sus apellidos de su nombre y los sustituya por el primer apellido del marido. Puede ser también que la propia ley le confiera el deber o la opción de agregar a su nombre de soltera el apellido de su cónyuge. Es factible por último que el ordenamiento aplicable omita cualquier referencia a ello.

Como del conocimiento general, la mayoría de las mujeres en México, modifican la composición de su nombre a consecuencia del matrimonio contraído por ellas. La modificación es determinante y hasta substancial; la mujer suele conservar su nombre o sus nombres de pila y el apellido paterno; su apellido materno lo suprime de la fórmula y en lugar de aquél usa el apellido paterno del marido.

Además de ser generalizada, esa actitud es considerada obligatoria. El grueso de la gente cree que el matrimonio genera para la mujer el efecto jurídico de incluir el apellido paterno del marido en su nombre; cuando se contrae matrimonio, el Juez del Registro Civil al indicar a la mujer que proceda a firmar el acta relativa, le suele aclarar lo haga "ya con su nombre de casada"; lo mismo se observa en la expedición de los pasaportes a cargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

La práctica observada coloca a la mujer en una situación de minusvalía, pues la inclusión del apellido del marido en el nombre completo de aquélla, parece como si la mujer fuere una pertenencia de con quien está casada. En efecto, que la mujer suprima de su nombre el apellido materno, para sustituirlo por el apellido paterno del marido precedido de la partícula "de" hace considerarla como perteneciente a su cónyuge, como si éste fuere su propietario. Más aún, el apellido materno es el suprimido y substituido.

Es curioso por otra parte, que la actitud anterior tan generalizada carece del mínimo de fundamento legal, pues no hay disposición alguna en el Código civil vigente ni la hubo en los códigos de 70 y 84 ni en la Ley sobre Relaciones Familiares como antecedentes del actual, en la que pudiera dicha práctica apoyarse. Estamos ante una mera costumbre no reconocida por la ley, para que produjera efectos jurídicos. Tal y como se plantea, es decir, la práctica reiterada de una conducta por una colectividad, considerada aquélla por ésta como jurídicamente obligatoria, permite observar con toda claridad la *inveterata consuetudo* y la *opinio iuris seu necessitatis*, como elementos de la costumbre comentada ya, en su condición de fuente formal del Derecho (supra p. 88).

Las actitudes adoptadas al respecto por la legislación fiscal federal y por la Ley del Notariado local son contrarias a la costumbre observada señalada en los párrafos anteriores.

Conforme al texto vigente del artículo 19 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación hasta el 30 de marzo de 1992, reformado por razones independientes, el nombre de las mujeres en el Registro Federal de Contribuyentes debió ser siempre el de soltera; la supresión no faculta a lo contrario. Por su parte, la Ley del Notariado en la fracción XII del artículo 62 establece que cuando el notario asiente el nombre de una mujer casada en un instrumento, deberá hacerlo con mención de sus apellidos paterno y materno.

Es aconsejable que la mujer conserve su nombre original compuesto por su nombre o sus nombres de pila y sus apellidos paterno y materno, independientemente de que contraiga matrimonio, se disuelva el vínculo de este, sea cónyuge culpable o inocente en un juicio de divorcio, etc. Ello traerá como consecuencia evitar una serie de confusiones que la costumbre prevaleciente actualmente origina. Esa práctica por fortuna va perdiendo fuerza en la medida que lo estrictamente legal la va adquiriendo.

## **6. Cambio de nombre**

La invariabilidad del nombre no es absoluta. Hay situaciones previstas y reguladas por la ley, debido a las cuales a consecuencia de la realización de algún acontecimiento jurídico, el nombre de una persona es objeto de cambio.

Existe también la posibilidad, incorporada en ocasiones en la ley, de que *motu proprio*, sin necesidad de algún acto jurídico paralelo motivador, una persona modifique el contenido de su nombre.

La primera de esas posibilidades se conoce como *cambio de nombre por vía de consecuencia*; en este caso la modificación del nombre está originada por el otorgamiento de un acto jurídico, de tal forma que el cambio es consecuencia, de ese otorgamiento; la segunda por su parte, ha sido calificada como *cambio de nombre por vía directa*; bajo este supuesto, la modificación del nombre tiene lugar por sí misma, sin depender de algún acontecimiento jurídico ajeno provocador de esa modificación.

### **A) Por vía de consecuencia**

Bajo determinadas circunstancias, una persona puede tener un nombre y la variación de aquéllas trae consigo la modificación de los vocablos que componen el nombre de esa persona.

Los dos casos a citarse al efecto, son el reconocimiento de hijo y la adopción. Respecto del primero, debemos tener en cuenta que hay ocasiones en las cuales, por circunstancias determinadas en la composición del nombre, los apellidos paternos del padre y de la madre no participan en el nombre de quien se trata.

Esas situaciones son las siguientes

- a) Si una persona es presentada como de padres desconocidos, el Juez del Registro Civil le pondrá nombre y apellido con mención de ello en el acta (artículo 58).
- b) Si el hijo es reconocido sólo por un progenitor llevará los dos apellidos del reconociente (tercer párrafo del artículo 58).

Esto último por cierto, modificador de una actitud legal original del ordenamiento civil, según la cual, en el acta de nacimiento o de reconocimiento del hijo únicamente se mencionaba el primer apellido de quien lo reconocía. Lo anterior propiciaba el señalamiento claro de un origen extramatrimonial, para ciertas personas afrentoso; del propio nombre se desprendía que la procreación de su titular había sido fuera de matrimonio al contenerse un solo apellido en la fórmula del nombre. Por ello la reforma se antoja noble, aun cuando la solución puede considerarse únicamente de presentación pues trae consigo por contra una serie de inconveniente en un momento dado, por la igualdad de apellidos entre el reconociente y el reconocido, puede suponerse que se trata de hermanos y no de progenitor e hijo.

Ahora bien, en ambos supuestos apuntados, o sean, que alguien lleve los apellidos que el Juez del Registro Civil le hubiere asignado libremente o en su caso, que alguien lleve el apellido paterno o ambos apellidos del único progenitor reconociente, ese alguien puede llegar a ser reconocido por uno o ambos progenitores en la primera hipótesis o por el progenitor que no lo reconoció originalmente en la segunda. Estas situaciones modifican el nombre del reconocido, pues el apellido o los apellidos del reconociente quedarán incluidos en el nombre de aquél.

En efecto, según el artículo 389 del Código Civil, el reconocido tiene el derecho a llevar el apellido paterno de quien lo reconoce si ya había sido reconocido anteriormente por su otro progenitor, o en su caso, los dos apellidos de quien lo reconociere primero.

El contenido del precepto apuntado debe entenderse no tanto estrictamente como que el reconocido tenga derecho de llevar el apellido paterno o ambos apellidos de su progenitor reconociente, pues en realidad, como apuntábamos, los apellidos no se adquieren por alcanzar el derecho a ellos sino que son consecuencia de la relación filial. Esta no faculta sino atribuye; más bien sería el tener el derecho de ostentar

legalmente ese o esos apellidos.

La adopción como segundo caso de cambio de nombre, se desprende del artículo 395 del Código Civil, por cuyo contenido, "el adoptante podrá, darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción". Se trata en primer término de una opción para el adoptante, es decir, éste podrá o no darle nombre y apellido o apellidos al adoptado. En segundo lugar, si el adoptante opta por darle nombre y apellidos al adoptado, ello implica el cambio de nombre de éste, precisamente como consecuencia de la adopción.

En virtud de la revocación de la adopción, lo que puede tener lugar en los supuestos previstos en el artículo 405 de nuestro ordenamiento civil o sea, el mutuo acuerdo o la ingratitud, también se cambia el nombre para readquirir el nombre original. En esas condiciones, originalmente hubo un primer cambio de nombre cuando la adopción y por su revocación habrá un segundo cambio de nombre, pues según el artículo 408 de nuestro código, "el decreto del juez deja sin efecto la adopción y restituye las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse ésta".

### ***B) Por vía directa***

La segunda posibilidad de cambio de nombre es por vía directa. Tiene lugar cuando el interesado en ello acude a alguno de los medios ofrecidos por la ley para llevar a cabo el cambio pretendido.

En nuestro Código Civil no está prevista expresamente esa posibilidad; por ello, en principio, la llamada inmutabilidad del nombre prevalece. Sin embargo, en el artículo 135 del propio ordenamiento, está señalado, como fue comentado antes, el supuesto de la rectificación del acta del Registro Civil, que puede ser la del nacimiento, bien sea por falsedad cuando se alegue que un supuesto registrado no pasó, o bien por enmienda, ahora de nuestro interés, *cuando se solicite variar un nombre u otra circunstancia que sea substancial o accidental*.

Precisamente en esas condiciones, es que puede llegar a cambiarse algún nombre por vía directa, es decir, con fundamento en el precepto señalado y con satisfacción de los lineamientos del procedimiento establecido para ello.

Las posibilidades de cambio de nombre no son ilimitadas; una persona no puede cambiar su nombre cuando simplemente lo quiera; en realidad, su inmutabilidad debe prevalecer y ser objeto de cambio únicamente cuando ello sea razonablemente procedente. Casos de lo anterior serían por ejemplo una homonimia inconveniente, una composición ridícula, ser conocido más por el nombre o apellidos utilizados por circunstancias accidentales como puede ser precisamente el utilizar ambos apellidos del padre o de la madre, etc., más nunca por el mero deseo de cambio.

El Código Civil para el Estado de Veracruz contiene expresamente la previsión y regula esta situación respecto del cambio de nombre por vía directa; por ello y por el interés inherente hacemos referencia a los preceptos relativos.

El ordenamiento citado contiene una serie de dispositivos alusivos a principios rectores sobre los que el nombre descansa como la institución individualizadora de las personas y para su uso por parte de las personas físicas. Podemos citar entre dichos preceptos a los artículos 44 y 45, según los cuales, todos los actos a ejecutarse por una persona, deben ser bajo un nombre determinado respecto del cual aquélla tiene a la vez el derecho exclusivo a su uso.

En los artículos del 46 al 55, está la regulación del nombre de una persona física en los diversos supuestos en que puede encuadrar, se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos no matrimoniales o de adoptados; el nombre de quien fue adoptado y dejó de serlo por revocación, el nombre del casado o casada y el del viudo o la viuda, etc.

A propósito del cambio de nombre en especial, destaca el principio general previsto en los artículos 59 y 60 del Código comentado. De ellos se desprende que las personas pueden mudar y controvertir la retención del nombre en todo caso, con sujeción a los requisitos y procedimientos establecidos en la ley procesal vigente en aquel Estado.

El artículo 61 del Código Civil veracruzano señala los casos en que procede el cambio de nombre; son los siguientes:

"ART. 61.-El cambio de nombre será procedente:

"I. En casos de homonimia y para el efecto del que deje de usar el nombre homónimo la persona física o moral que sea posterior en la adquisición del derecho a usar el nombre controvertido;

"II. Cuando voluntariamente decida alguien, mudar de nombre, mediante la debida publicidad de su propósito y oído cualquier perjudicado o afectado con el cambio propuesto."

El cambio de nombre no libera ni exime de las obligaciones o responsabilidades contraídas con el nombre anterior (artículo 63) y éste trascenderá a los descendientes menores de edad cuando incluya cambio de apellido, pero siempre deberá dejarse a salvo el derecho de los afectados para intentar por su parte, llegada su respectiva mayoría de edad, el cambio de su nombre (artículo 71)

## **7. El seudónimo**

Nada impide y no sólo, sino además está, expresa aunque indirecta y escuetamente permitido por la ley, que en los medios artístico, literario, periodístico y en general en el aural, los interesados utilicen un nombre distinto al legalmente correspondiente, para desplazarse en el ambiente de sus actividades.

Este nombre como medio de identificación es el seudónimo. Puede considerársele como el nombre diverso al original, adoptado por una persona, por el que es conocida en el ambiente aural en que se desenvuelve y por el que pretende ocultar su identidad oficial.

En la ley no se contiene una regulación extensa y directa respecto del seudónimo, desde su origen, adopción, alcances legales, etc., sobre todo comparativamente con la del nombre verdadero. La única salvedad es la nueva Ley Federal de Derechos de Autor.

Así por ejemplo, está el contenido en los artículos 17, 56 y 126 del ordenamiento indicado, cuyo respectivo texto transcribimos a continuación:

"ART. 17.-La persona cuyo nombre o seudónimo conocido o registrado esté indicado como autor en una obra, será considerada como tal, salvo prueba en contrario, y en consecuencia, se admitirán por los tribunales competentes las acciones que se entablen por transgresiones a su derecho.

"Respecto de las obras firmadas bajo seudónimo o cuyos autores no se hayan dado a conocer, dichas acciones corresponderán al editor de ellas, quien tendrá las responsabilidades de un gestor, pero cesará la representación cuando el autor o el titular de los derechos comparezca, en el juicio respectivo.

"Es libre el uso de la obra de autor anónimo mientras el mismo no se dé a conocer, para lo cual dispondrá del plazo de treinta años contados a partir desde la primera publicación de la obra. En todo caso, transcurrido ese lapso, la obra pasará al dominio público."

"ART. 56.-Toda persona física o moral que publique una obra está obligada a mencionar el nombre del autor o seudónimo en su caso. Si la obra fuere anónima se hará constar. Cuando se trate de traducciones, compilaciones, adaptaciones y otras versiones, además del nombre del autor de la obra original o su seudónimo, se hará constar el nombre del traductor, compilador, adaptador o autor de la versión.

"Queda prohibida la supresión o sustitución del nombre del autor."

"ART. 126.-Para registrar una obra escrita bajo seudónimo, se acompañarán a la solicitud en sobre cerrado los datos de identificación del autor, bajo la responsabilidad del solicitante del registro.

"El encargado del Registro abrirá el sobre, con asistencia de testigos, cuando lo pidan el solicitante del registro, el editor de la obra o sus causahabientes, o por resolución judicial. La apertura del sobre tendrá por objeto comprobar la identidad del autor y su relación con la obra. Se levantará

acta de la apertura y el Encargado expedirá las certificaciones que correspondan."

El último de los preceptos transcritos, que en su texto permite fijar los alcances jurídicos reales del seudónimo, provoca un interés especial; dichos alcances sólo llegan a suplir al nombre, pero únicamente para efectos de publicidad autoral, pues como lo indica el dispositivo, el registro de una obra bajo seudónimo obliga a acompañar en sobre cerrado la verdadera identidad oficial del autor y que es su nombre. Así, éste no se ve desplazado en realidad por el seudónimo.

No podía ser además de otra manera, pues lo contrario, o sea, que los alcances del seudónimo fueran tales como para sustituir de plano al nombre de la persona aun cuando fuere en circunstancias especiales, implicaría un cambio de nombre sin más causa y justificación que una actividad autoral. Así pues, quienes recurren a la utilización del seudónimo, lo pueden hacer sólo en el ambiente y en relación con su actividad autoral. En trámites oficiales deberán utilizar su nombre como único medio de individualización jurídica.

## **8. El apodo**

Una habilidad física, una determinada actividad, defectos o cualidades físicas y hasta mutilaciones o minusvalías corporales, son tomados en cuenta algunas veces para identificar a una persona más que su nombre mismo, el que probablemente ni siquiera se conozca. Nos referimos al apodo también conocido como mote o sobrenombre.

"Al margen del nombre civil -apunta LUCES GIL- pueden surgir de un modo espontáneo en la vida social otras denominaciones distintas del nombre civil u oficial, no circunscritas a un particular sector de la actividad del sujeto y que son habitualmente empleadas como signos verbales idóneos para la designación e individualización de las personas. Estas denominaciones, pese a su carácter extraoficial, pueden alcanzar una indudable trascendencia jurídica. Los apodos o sobrenombres se diferencian del seudónimo, por una parte, en que su empleo no está limitado a una particular esfera, de la vida del sujeto designado. Por otra parte, en que las aludidas designaciones no son creadas por el propio sujeto, sino *por los demás*. Son producto de lo que pudiera llama: *'un bautismo popular'*. A veces estas denominaciones son aceptadas *a posteriori* por el sujeto designado, que incluso las utiliza personalmente en sustitución o como complemento de su verdadero nombre (dotado de escasa virtualidad diferenciadora). Otras veces, especialmente cuando el mote o apodo destaque una cualidad negativa o un aspecto ridículo del sujeto o, simplemente, cuando resultare molesto para el interesado, no será aceptado por él."

"Generalmente estas formas de designación se corresponden a ciertas cualidades o defectos físicos o morales del sujeto nominado, que le distinguen con

particular evidencia, describiéndole sintéticamente, por así decirlo, mediante la acertada apelación a su rasgo personal más destacado o característico. Exigiendo el apodo un menor esfuerzo memorístico que el nombre civil, es lógico que su empleo alcance una mayor difusión en los ambientes rurales y entre las clases sociales menos cultivadas, que suelen mostrar escasa consideración por el nombre civil u oficial de la persona."

La importancia del apodo para el sistema legal se limita a que en un momento dado sea el medio para identificar a una persona para asuntos de carácter policiaco. Por ello, el Código de Procedimientos Penales exige que cuando algún sujeto da sus generales a la autoridad investigadora, debe incluirse el apodo si lo tiene (artículo 291).

"ART. 291.—En caso de que el acusado desee declarar, la declaración preparatoria comenzará con sus generales, incluyendo los *apodos* que tuviere..."