

EL DERECHO

Órgano Oficial

de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real de Madrid

—TERCERA ÉPOCA—

Semanario de Jurisprudencia y Doctrina Jurídica, Economía Política y Ciencias Sociales.

*S'il n'y avait pas de justice
il n'y aurait ni gouvernement, ni société.*

EDOUARD LABOULAYE

DIRECTORES PROPIETARIOS: AGUSTIN VERDUGO y MANUEL F. DE LA HOZ

SECCION DOCTRINAL.

Concesiones de Tierras Baldías.

Naturaleza jurídica de las concesiones de tierras hechas en los Territorios, conforme á la Ley de Colonización de 18 de Agosto de 1824 y Reglamento de 21 de Diciembre de 1828.

Esas concesiones ¿son una donación simple, una donación *sub modo*, ó un contrato innominado?

Los terrenos adquiridos en virtud de dichas concesiones ¿son bienes gananciales, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la concesión?

Desde el momento de la adquisición de bienes gananciales, la mitad de éstos pertenece, en propiedad y posesión, á la mujer, con varias limitaciones, una de las cuales es la facultad concedida al marido para enagenar dichos bienes?

Continuando indivisos los bienes, después de disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, la sociedad legal no continúa entre el cónyuge supérstite y los herederos del otro.

Aun en la hipótesis de que continúe la sociedad, el cónyuge supérstite no tiene facultad para vender los bienes comunes.

En 30 de Diciembre de 1884, R. R. solicitó del Gobernador del Departamento de Nuevo-México la concesión de un sitio de terreno baldío; en dos razones fundó su pretensión: I, en que era propietario de ganado vacuno y caballar, y que este ganado aumentaba sin tener lugar donde conservarlo; y II, en que tenía una numerosa familia, que recibiría un beneficio con la concesión.

En 14 de Agosto de 1845, el Gobernador, de conformidad con la Ley de 13 de Agosto de 1824 y el Reglamento de 21 de Diciembre de 1828, declaró á R. R. propietario del expresado sitio de ganado mayor, y ordenó que se le expidiera la patente ó título.

Este fué, en efecto, expedido, en la misma fecha, y en ella se expresó que R. R. había pedido el terreno para su beneficio personal y el de su familia, y que, de conformidad con la Ley y Reglamentos referidos, se le hacía la concesión, bajo diversas condiciones, una de las cuales era, que lo gozaría libre y exclusivamente, poniendo en él el cultivo que le conviniera.

De los datos que se me han comunicado parece deducirse que cuando se hizo la concesión á R. R. éste era casado; que más tarde su mujer murió, que quedaron hijos herederos de la mujer, que no se liquidó la sociedad conyugal, dividiendo entre el marido y los herederos de la mujer los bienes pertenecientes á la sociedad conyugal; y que el marido vendió el terreno cuya concesión se le había hecho, en 1845. Los descendientes de la mujer en la actualidad reclaman la propiedad de la mitad de dicho terreno.

Lo primero que debe inquirirse es la naturaleza jurídica de la concesión que el Gobernador del Departamento de Nuevo México hizo á R. R. en 1845, y á este efecto deben examinarse cuáles son los caracteres legales de las concesiones de tierras que se hacían conforme á la ley de 18 de Agosto de 1824 y Reglamento de 21 de Diciembre de 1828.

El Gobierno fué autorizado para proceder á la colonización de los Territorios de la República, conforme á los principios establecidos en dicha ley, art. 16: e. 11 . . .

to de ella aquellos terrenos de la Nación que, no siendo de propiedad particular, ni pertenecientes á ninguna corporación ó pueblo, podían ser colonizados, (art. 2º); en la distribución de tierras debía atenderse con preferencia á los ciudadanos mexicanos, (art. 9º): los concesionarios tenían el carácter de pobladores, (art. 13.)

La concesión de tierras, conforme á la ley de 1824, se hacía, pues, para que el concesionario colonizara las tierras concedidas.

El Gobierno, ejerciendo la facultad que le daba el art. 16 de la expresada ley, expidió el Reglamento de 21 de Diciembre de 1828, á efecto de colonizar los Territorios de la República, y autorizó á los Jefes políticos de éstos para que, con arreglo á la ley de 1824 y á las condiciones establecidas en el mismo Reglamento, pudieran hacer concesiones de tierras.

Estas concesiones podían hacerse ó á empresarios, ó á familias, ó á personas: la palabra *particular*, que sigue de *persona*, es un adjetivo que califica familia ó persona, y así lo comprueba el art. 5º, en el cual la palabra *particulares* sigue después de familia, por lo cual tanto el art. 1º como el 5º equivalen en ese pasaje *familias particulares* y *personas particulares*: en esos artículos se usa del calificativo *particulares*, en oposición á empresas, ó familias y personas traídas por empresas y establecidas por éstas como colonos: las palabras «personas», usadas, como se usan en el Reglamento, en un sentido opuesto al de familias y diferente de éste, significan individualidades solas: en analogía con esta disposición, el art. 2º del Reglamento, al clasificar los pretendientes de terrenos, distingue entre el empresario, el cabeza de familia y la persona ó individualidad: y la distinción entre las personas y las familias se reproduce en el art. 5º del mismo Reglamento.

La solicitud que hizo R. R. en 1844 no fué hecha por él como individualidad, sino como jefe de familia, y así lo expresa muy claramente, al fundar su pretensión en que tiene una numerosa familia, la cual recibiría un beneficio con la concesión: así lo dice también el título, al expresar que R. R. había solicitado la concesión para beneficio suyo y el de su familia, y tomándose como

motivo de la concesión la solicitud hecha en aquellos términos.

El título fué expedido á R. R.; pero esto no significa que se constituya á favor suyo un derecho de propiedad perteneciente á él exclusivamente: el título se había expedido en su nombre; pero lo recibía como jefe de familia, porque con ese carácter había pedido la concesión y así lo expresaba el título: y él era quien, como cabeza de familia, debía pedir el terreno, conforme al artículo segundo del Reglamento, cuando la concesión estaba destinada á una familia.

El Tribunal de, al decir que cuando se pedía y se hacía una concesión de tierras en beneficio del pretendiente y de su familia la concesión era una donación hecha sólo al primero ha cometido un error, porque en ese juicio se confunden dos ideas cuya separación está perfectamente marcada en el Reglamento de 1828, á saber: las concesiones que se hacían á familias y que se solicitaban por las cabezas de ellas, y las concesiones que se hacían á personas ó individuos.

El derecho, pues, originado del título, pertenecía no sólo á R. R.; pero, á efecto de determinar las otras personas á quienes correspondía también un derecho en la concesión, debe distinguirse entre la mujer y los hijos, y respecto de los hijos debe distinguirse entre los que estaban sujetos á la patria potestad y los que estaban emancipados.

Los hijos emancipados cesan legalmente de formar parte de la familia del padre, y, por consiguiente, los hijos de R. R. que, al tiempo de la concesión, hubieran estado emancipados, no formaban parte de la familia para los efectos de la misma concesión.

Los hijos no emancipados formaban parte de la familia de R. R.; pero los derechos que pudieran tener en la concesión, cualesquiera que fueran esos derechos, formaban parte del peculio profecticio, porque los hijos habían adquirido esos derechos por respecto y consideración del padre, y, en consecuencia, correspondían al padre la posesión, propiedad y usufructo de esos derechos, por lo cual, prácticamente, es lo mismo que si los hijos no los hubieran adqui-

rido. [Escriche, Peculio. Ley 5, título 17, Partida 4.]

La cuestión, pues, en lo concerniente á la concesión y por lo que hace á las personas que tenían derecho en ella queda reducida al marido y la mujer; y, á ese propósito, debo repetir que la circunstancia de que el título haya sido otorgado solo en nombre de R. R. no significa que éste tenga un derecho exclusivo en el terreno, ya porque la concesión se le hizo como jefe de familia y para beneficio, no sólo suyo, sino también de ésta, ya porque en términos generales, siendo el marido administrador de la sociedad conyugal, él hace los contratos en su nombre, lo que no significa que sean suyos los bienes que adquiere, sino que, en los casos prevenidos en las leyes, esos bienes pertenecen á la sociedad conyugal, aunque estén sólo en nombre del marido.

Admitiendo por el momento que la concesión hecha á R. R. es una donación, las explicaciones anteriores esclarecen que es una donación que no pertenece exclusivamente á R. R., sino también á su mujer; pero, á fin de precisar los diferentes elementos que constituyan los derechos de la mujer, es necesario hacer una distinción.

La concesión fué hecha á la familia R. R., otorgándose el título á éste, como cabeza de familia: en esta concesión tenían derecho los hijos no emancipados; pero esos derechos pertenecían al padre, porque formaban parte del peculio profecticio: en consecuencia, los derechos de la mujer de R. R. se tienen que considerar: I. Como miembro de la familia R. R. II. Con relación á los derechos de los hijos, derechos que, por ser parte del peculio profecticio, pertenecían al padre.

La mujer de R. R. formaba parte de su familia: la ley 6, tít. 33, Partida 7, dice que por familia se entiende el jefe de ella, su mujer y todos los que viven bajo él, sobre los cuales ejerce autoridad, así como los hijos y sirvientes: la concesión fué hecha á la familia; por consiguiente, si la concesión es una donación la mujer tiene parte en esa donación, y una parte igual al marido, conforme á la ley 1, tít. 4, lib. 10, Novísima Recopilación.

En lo relativo á los derechos de los hijos no emancipados, que formaban parte de la

familia de R. R. al hacerse la concesión, el padre adquirió la parte de los hijos; pero no en virtud del título que expidió el Gobernador de Nuevo México, sino porque, conforme á la ley, al padre pertenecía el peculio profecticio, en el cual se comprendían los derechos que los hijos pudieran tener en la concesión, como miembros de la familia á la cual se hacía ésta: en esa parte de la concesión, que formó el peculio profecticio de los hijos, el derecho de la mujer no se deriva directamente de la donación hecha á la familia: se deriva indirectamente de ella, porque la donación era el título común y el origen de los derechos de todos; pero directamente se derivaba de la adquisición que hacía el padre por tratarse del peculio profecticio de los hijos: ya no se trataba de la donación, sino de derechos ganados por el padre, con un título diverso, y, por consiguiente, están comprendidos en los bienes gananciales, conforme á la ley 1, tít. 4, Lib. de la Novísima.

La mujer de R. R., pues, en la donación que se hizo tenía una parte igual á la de su marido, por tratarse de una concesión hecha á la familia, de la que la expresada mujer formaba parte: en los derechos que correspondían á los hijos y que, por tratarse de peculio profecticio, adquirió el padre también tenía la mitad, por tratarse de bienes que ganó el marido: en ambos casos, se trataba de bienes gananciales.

He examinado la cuestión, considerando la concesión como una donación simple ó regalo; pero no es así: la concesión de tierras, conforme á la Ley de 1824 y el Reglamento de 1828, no tenía esa naturaleza, sino otra muy diversa. La donación es un acto de liberalidad y se verifica á título gratuito: es el traspaso gracioso, que se hace á otro, del dominio que se tiene en una cosa, (Escriche, Donación); pero, además de esas donaciones que se hacían á título gratuito, había otras donaciones que se hacían á título oneroso, y que no eran propiamente donaciones, aunque se les daba ese nombre. Esta segunda clase de donaciones eran las que se hacían con cargas y gravámenes para el donatario, y se les llamaba donaciones *sub-modo*: á esta clase de donaciones se refiere la ley 6, tít. 4, Partida 5; así, por ejemplo, según di-

cha ley, hay una donación de esa especie cuando se da á alguno una propiedad con la obligación de que el donatario destine una parte de los frutos para redimir cautivos ó para otro objeto, ó cuando se da á alguno dinero ó una propiedad con la obligación el donatario de desempeñar algunos servicios.

Hay varias diferencias entre las donaciones condicionales y las condiciones *sub-modo*, y conviene marcar esa diferencia antes de proseguir: las donaciones condicionales no son lo mismo que las donaciones *sub-modo*; de las primeras hablan las leyes 4 y 5 del mismo título y Partida, y de las segundas la ley 6; la diferencia principal entre las unas y las otras es que las primeras no se ejecutan sino después de cumplida la condición, entretanto que en las segundas la donación se ejecuta antes de que el donatario cumpla con la obligación que se le impone. Para marcar la diferencia entre las donaciones condicionales y las condiciones *sub-modo* no debe atenderse precisamente á las palabras ni á la forma que que se emplee, porque muy bien puede acontecer que bajo la forma condicional se haga una donación *sub-modo*: debe examinarse si la donación se hace de manera que el cumplimiento de la condición debe preceder al traspaso de la cosa y ejecución de la donación, y entonces la donación es condicional, ó si el dominio de la cosa donada se transfiere desde luego al donatario, quien queda obligado á cumplir las cargas que se le imponen, y entonces la donación es *sub-modo*.

La donación *sub-modo* no es propiamente una donación, porque no se constituye á título gratuito, sino á título oneroso: es un contrato sinalagmático y bilateral, porque, en virtud de él, no sólo se constituye un derecho á favor del donatario, sino también á favor del donante; ese contrato no entra propiamente en la categoría de las donaciones: en derecho romano á estas donaciones, que imponían cargas y gravámenes al donatario, se las incluía entre los contratos innominados de que hablaré después; y las leyes de Partida (ley 6, tít. 4, Partida 5, al fin), al incluirlas en las donaciones, les conservan el calificativo latino *sub-modo*, palabras que la misma ley tra-

duce "so otra manera," es decir, donaciones que se hacen de un modo diferente de aquellas de que tratan las leyes anteriores: esas donaciones á que se refieren las leyes anteriores son las que se hacen por mera liberalidad y á título gracioso.

Si las concesiones de tierras, que se hacían conforme á la Ley de 1824 y Reglamento de 1828 se consideran como donaciones, ellas son donaciones *sub-modo*. La concesión de tierras, conforme á esas disposiciones, no era un acto de mera liberalidad, ni se concedía á título gratuito, sino que la concesión se hacía para que el terreno concedido fuera colonizado: la Ley de 1824 tuvo por objeto la colonización de los terrenos pertenecientes á la Nación; el Reglamento de 1828 se propuso la colonización de los Territorios, conforme á las base de la Ley de 1824: así, las concesiones de tierras que se hacían en virtud de esas disposiciones, sea que la concesión se hiciera á un empresario, ó á una familia, ó á un individuo, se hacía con el fin de que fuera colonizado el terreno: el título imponía á R. R. la obligación de cultivar; podía él hacer el cultivo que quisiera; en cuanto á la clase de cultivo, él tenía completa libertad; en lo que no la tenía era en cultivar ó no el terreno. Pero, aunque el título nada hubiera dicho á este respecto, subsistía, sin embargo, la obligación de colonizar que la ley imponía. Sí, pues, la concesión era una donación, esta donación llevaba consigo gravámenes y cargas: se hacía donación del terreno; pero era para que el terreno fuera colonizado, y esto constituía una donación *sub-modo*.

En esas donaciones la conservación del derecho dependía de que el donatario cumpliera con el gravámen ó carga: si aquel que recibe la donación, dice la ley 6, tít. 4, P. 5, cumple aquello porque se la dieron, vale la donación, y si no lo cumple, bien se puede revocar. En el caso de R. R. el cumplimiento de las obligaciones, que hacía irrevocable el derecho del donatario, tenía que verificarse durante el matrimonio; era un gravámen que recaía sobre éste. La concesión había sido pedida por R. R. como cabeza de familia, fué hecha para beneficio suyo y de su familia, y, por consiguiente, la obligación de colonizar debía cumplirse

con la familia. R.R. decía en su solicitud que era dueño de ganado vacuno y caballos, y que necesitaba el terreno para la manutención de aquellos animales; ese ganado y caballos eran bienes gananciales; porque, conforme á las leyes, (ley 4, tít. 4, Lib. 10, Novísima), tenían ese carácter todos los bienes que aparecían en el matrimonio, si no se probaba que pertenecían á uno de los cónyuges. Así, el cumplimiento de la obligación, cumplimiento sin el cual el derecho al terreno era revocable, venía á ser una de las cargas del matrimonio: ambos cónyuges contribuían al cumplimiento del gravámen, que constituía el derecho irrevocable; la adquisición, pues, de este derecho se originaba de actos posteriores á la concesión, actos á cuya ejecución contribuían ambos cónyuges y era un derecho adquirido durante el matrimonio y á costa de éste. Al hacerse la concesión, se adquiría un derecho contingente y rescindible: lo que daba firmeza á ese derechos eran los actos á cuya ejecución debían contribuir ambos cónyuges: de este modo, ese derecho venía á ser una propiedad no solo del marido, sino también de la mujer, y el derecho formaba parte de los bienes gananciales.

A esta conclusión se llega, aunque la mujer no hubiera contribuido al cumplimiento de la obligación inherente á la concesión de tierras, y aunque el marido sólo hubiera ejecutado los actos necesarios para que el derecho tuviera el carácter irrevocable. A fin de hacer bien perceptible esta idea, debe tenerse presente una de las diferencias entre la donación simple, hecha por mera liberalidad y á título gratuito, y la donación *sub modo*, que siempre implica un título oneroso.

La primera es por su naturaleza irrevocable, (L. 1 y 6, Tít. 12, Lib. 3, Fuero Real, Escriche Donación, antepenúltimo párrafo): salvo en algunos casos excepcionales, como el de ingratitud del donatario, la donación no se puede revocar; pero en la donación *sub modo* la donación por su naturaleza es revocable. Aquella no requiere ningún hecho posterior del donatario para que el derecho adquirido por el último sea firme é irrevocable: la segunda necesita, para su firmeza y subsistencia, que el do-

natario cumpla con las cargas ó gravámenes. En la donación simple la adquisición del derecho depende exclusivamente de la donación: en la donación *sub modo* el derecho se origina de la donación; pero se confirma y adquiere el carácter de irrevocable por el hecho del donatario; y este carácter de irrevocabilidad, ya no se origina de la donación misma, sino de actos del donatario: estos actos son, pues, un requisito para la adquisición, y, no siendo ellos la donación misma, el derecho que en virtud de aquellos actos adquiere el carácter de irrevocabilidad no está comprendido en la disposición de la ley, que se refiere á derechos originados exclusivamente de las donaciones.

Las leyes en las cuales se previene que las donaciones hechas por el Rey á uno de los cónyuges no forman parte de los bienes gananciales, sino que pertenecen exclusivamente á uno de los cónyuges, se refieren á las donaciones irrevocables; pero no á las revocables. La ley 1, tít. 3, Lib. 3 de Fuero Real, (Ley 1, Tít. 4, Lib. 10, Novísima), al hablar de los bienes gananciales, dice que lo que el Rey diere á uno de los cónyuges pertenecerá sólo á aquel á quien lo diere; otra ley explica qué es lo que se debe entender por esta clase de donaciones. La ley 8, tít. 12, Lib. 3, Fuero Real (Ley 1, tít. 5, Lib. 3, Novísima) dice que las cosas que el Rey diere á alguno no se las pueden quitar, pudiendo el donatario disponer de ellas libremente; en caso de morir sin disponer de los bienes donados, los herederos tendrán éstas, sin que la mujer pueda demandar parte de ellos, é, igualmente, el marido no puede demandar parte en las cosas que el Rey diere á la mujer.

Esta ley, que, bajo una forma distinta establece el principio de que no forman parte de los gananciales los bienes donados por el Rey á uno de los cónyuges, explica, además, lo que se entiende por donación del Rey, y previene que esas donaciones no se puedan revocar y que, una vez hechas, no se pueda quitar al donatario la cosa donada; así, la naturaleza de la donación hecha por el Rey es, según las leyes del Fuero Real, la irrevocabilidad, y, por consiguiente, las leyes del mismo Fuero, que se refieren á donaciones reales, no

comprenden las donaciones *sub modo* de que trata la ley 6, tít. 4, Partida 5, concesiones revocables y cuya subsistencia dependía de hechos posteriores del donatario.

La concesión, pues, de terrenos, hecha conforme á la Ley de 1824 y Reglamento de 1828, en la hipótesis de que sea una donación, siendo una donación *sub modo* y revocable, no está comprendida en el precepto de las leyes del Fuero Real que excluyen de los bienes gananciales las donaciones reales: la donación *sub modo*, que requiere, para la firmeza y subsistencia del derecho donado, no sólo la donación, sino actos posteriores, entra, por tanto, en los demás medios de adquisición, que, conforme á las mismas leyes, determinan el carácter de gananciales en los bienes adquiridos.

Debe advertirse que en estas donaciones el donante tiene el derecho de revocar la donación, si el donatario no cumple con el gravamen, y que, como en el caso de R. R. el donante nunca pretendió la revocación de la donación, ésta quedó subsistente, produciéndose la presunción de que la obligación de colonizar fué cumplida.

Aún en punto á las donaciones simples, el precepto de la ley que las excluye de los bienes gananciales no es tan absoluto que no tenga alguna limitación: esta limitación se refiere á donaciones remuneratorias.

La distinción entre las donaciones remuneratorias y las donaciones *sub modo* es fácil de marcar: las donaciones remuneratorias son las que se hacen en atención á servicios recibidos por el donante y que que no importen una deuda: la donación *sub modo* es la que se hace imponiendo cargas y gravámenes. En las primeras, el donante no está obligado á pagar los servicios que ha recibido, y, por consiguiente, la donación, aunque se hace en atención á esos servicios, es un acto de liberalidad; en las segundas, el cumplimiento del gravamen no se refiere á hechos pasados, sino á hechos futuros, y el gravamen forma parte del contrato mismo.

Respecto de las donaciones remuneratorias es una doctrina común que, si el servicio ó trabajo recompensado fué prestado durante el matrimonio, la donación será bienes gananciales y se comunicará entre los cónyuges cuando el valor de ella es

equivalente al precio del trabajo ó servicio; si excediere, la donación será bienes gananciales en la cantidad que iguale á aquel precio; y en lo que excediere, el exceso pertenecerá exclusivamente al donatario; (Febrero Mexicano, Tom. 1, Lib. 1, tít. 5, capítulo único, núm. 81).

Esta doctrina que, como antes he dicho, es una doctrina común, manifiesta que la donación forma parte de los bienes gananciales, cuando ella se relaciona con servicios prestados ó actos pasados durante el matrimonio: en este caso, el servicio, que es el motivo determinante de la donación, es un hecho que, habiendo acontecido durante el matrimonio, aprovecha en sus consecuencias á los dos cónyuges, y las adquisiciones á que ese hecho da lugar se comunican entre los cónyuges y son bienes gananciales.

Este principio, aplicado á las donaciones *sub modo*, produce consecuencias análogas; el hecho que engendra la irrevocabilidad del derecho acontece durante el matrimonio, y ese hecho en sus consecuencias aprovecha á ambos cónyuges; pero no acontece en las donaciones *sub modo* lo que pasa en las donaciones remuneratorias: en éstas, se reputa gananciales la parte de la donación equivalente al valor del servicio prestado, entre tanto que en la donación *sub modo* toda ella es gananciales, porque toda ella está sujeta á la revocabilidad y toda ella se confirma por los actos que tienen lugar durante el matrimonio.

He examinado la cuestión, en la hipótesis de que la concesión de tierras hecha á R. R. sea una donación *sub modo*; pero, en mi opinión, esa concesión no tiene ni puede tener ese carácter, sino que es un contrato innominado.

Los contratos innominados tuvieron su origen en derecho romano: había ciertos contratos que tenían un nombre y que daban lugar á acciones determinadas; pero fuera de ellos había otros contratos cuyo valor legal en un principio no era admitido, porque no entraban en ninguno de los contratos que tenían un nombre y que el derecho había reconocido: sin embargo, esos contratos sin nombre poco á poco fueron aceptados en derecho y se crearon acciones para hacer valer los derechos y

obligaciones originadas de esos contratos: á esos contratos se les daba el nombre de inciertos, indeterminados y, finalmente, innominados, debiendo advertir que más tarde, aun cuando á algunos de ellos se les daba un nombre, como la permuta, la transacción, etc., sin embargo, siempre, por su naturaleza, estaban comprendidos entre la categoría de los contratos innominados.

De esta clase de contratos trata la ley 5, tít. 6, Partida 5, la cual, á semejanza del derecho romano, estableció cuatro clases de contratos innominados, á saber:

I.—Doy para que des (do ut des).

II.—Doy para que hagas (do ut facias):

III.—Hago para que des (facio ut des)

IV.—Hago para que hagas (facio ut facias).

Para que haya contrato innominado se requieren las circunstancias siguientes:

I.—Se necesita que se haya hecho una prestación por una persona á otra persona: esta prestación puede consistir ó en una traslación de propiedad ó en la ejecución de un hecho, ó, lo que es lo mismo, se requiere que algo se de ó que algo se haga.

II.—Se requiere en segundo lugar que esta prestación se haga en ejecución de un convenio anterior ó concomitante con la ejecución y que esta convención obligue á la otra parte á efectuar una obligación recíproca consistente también en dar ó hacer.

III.—Es necesario, por último, que este convenio, ya por sí solo, ya unido á la prestación que lo acompaña, no constituya un contrato que tenga nombre; así, por ejemplo, la venta, el préstamo, no son contratos innominados, porque tenían un nombre y originaban acciones especiales aceptadas y reconocidas en derecho.

En derecho romano, la donación *sub modo*, aunque tenía ese nombre, no era, sin embargo, una donación, sino un contrato innominado; así está considerado en la ley del Digesto 58, De Donationibus, y varios rescriptos del Emperador Diocleciano consagran esta doctrina, al dar, para exigir el cumplimiento del modo ó gravamen anexo á la donación, la acción que se daba en los contratos innominados: (Código, Ley 8, De Rerum Permutatione.—Leyes 9 y 22 De Donationibus.)

En derecho español, algunos autores, si-

guiendo el derecho romano, consideran la donación *sub modo* como un contrato innominado; y si esa doctrina fuera aceptada la cuestión estaría resuelta, porque en el caso de que la concesión de tierras hecha á R. R. fuera una donación *sub modo*, por esa circunstancia debía ser considerada como contrato innominado.

Pero las leyes no autorizan á aceptar esa doctrina como indiscutible: la donación *sub modo* es objeto de una ley que está en el título de las Donaciones (Ley 7, Tít. 4, Partida 5), y los contratos innominados son objeto de otra ley (Ley 5, Tít. 6, Part. 3), por lo cual parece que hay alguna separación entre la donación *sub modo* y los contratos innominados, por más que existan analogías entre éstos y aquélla.

A fin de no entrar en el exámen general de teorías jurídicas, me concretaré al caso especial de la concesión de tierras hecha á R. R.: esa concesión fué hecha para que el terreno fuera colonizado, y, por consiguiente, entre en la clase de los contratos innominados *doy para que hagas*: se da el terreno para que el concesionario lo colonice.

En la donación *sub modo* la idea predominante ó, por lo menos, una de las ideas predominantes es el interés del donatario: hay, sin duda, además de ese interés, otro interés constituido á favor del donante ó de un tercero; pero el interés del donatario es uno de los elementos principales del contrato, porque él es precisamente uno de los objetos en las donaciones.

En las concesiones de tierras hechas conforme á la Ley de 1824 y al Reglamento de 1828 el interés del concesionario es un elemento enteramente secundario: hay, sin duda, ese interés, porque en los contratos sinalagmáticos se constituyen derechos mútuos; pero ese interés no es el objeto principal de la ley: el fin de ésta no es dar terrenos, sino colonizarlos: se dan terrenos; pero no para hacer gracia ó servicio á los colonos ó concesionarios, sino para que, por este medio, el terreno sea colonizado: se da, pues, el terreno; pero no para hacer una donación, sino para que el concesionario, en cambio, haga otras cosas, lo cual constituye el contrato innominado "doy para que hagas."

Siendo, pues, el título de la adquisición, no una donación, sino un contrato innominado que establece derechos recíprocos, los bienes que uno de los cónyuges adquiere en virtud de esos contratos, son bienes gananciales.

De todo lo expuesto hasta ahora resulta.

I.—Que la concesión hecha á R. R. fué una concesión hecha á la familia, aunque el título se otorgó al que era cabeza de ésta, y, por consiguiente, el terreno concedido es bienes gananciales, aunque esa concesión se considere como una donación simple y graciosa, hecha á título gratuito.

II.—Que en realidad no se trata de una donación de esa clase, porque R. R. contrao ciertas obligaciones, en cuya virtud, en la hipótesis de que se trate de una donación, es una donación *sub modo*: que R. R. no pudo adquirir un título irrevocable, sino cumpliendo la obligación á que estaba sujeta la concesión, y en consecuencia la adquisición del derecho irrevocable era resultado de actos ejecutados en el matrimonio, por lo cual el derecho adquirido tiene la naturaleza de bienes gananciales.

III.—Que con especialidad las donaciones del Rey, que no forman parte de los bienes gananciales son las donaciones irrevocables; pero que las leyes relativas á esa materia no comprenden las donaciones *sub modo* que eran rescindibles, en caso de no cumplirse el gravamen anexo á ellas.

IV.—Que sólo como hipótesis puede admitirse que la concesión de tierras hechas conforme á las leyes de colonización es una donación; porque jurídicamente es un contrato innominado, «doy para que hagas,» en cuya virtud lo adquirido como consecuencia de ese contrato es bienes gananciales.

Esclarecida, bajo el punto de vista del matrimonio, la naturaleza legal de una concesión de tierras hecha conforme á la Ley de 1824 y Reglamento de 1828, ¿cuáles son los derechos de la mujer y de los herederos de la mujer, en caso de morir aquella y de que el marido sobreviva? Sobre esta cuestión debo hacer algunas explicaciones, porque el Tribunal de... no comprendió las leyes, ni las doctrinas de los autores.

Los bienes gananciales pertenecen por mitad al marido y la mujer: el dominio y posesión de la mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio y que sean gananciales pasa inmediatamente á la mujer, por ministerio de la ley (*ipso jure*) y como consecuencia de los preceptos de ésta, sin necesidad de tradición. Lo persuaden así las siguientes razones:

I.—La ley 1, tít. 4, Lib. 10, Novísima Recopilación, dice que «toda cosa que el marido y mujer ganaren ó compraren, estando de consuno, *háyanlo ambos por medio*:» la palabra *háyanlo* que significa tener, y que comprende el dominio y la posesión, se refiere igualmente al marido y la mujer: la palabra *ambos* pone en igual situación al marido y la mujer: las palabras *por medio* determinan cómo el marido y la mujer deben tener los bienes: el marido y la mujer, conforme á la ley, están en igual situación; en los mismos términos en que el marido es dueño y poseedor de su mitad, en esos mismos lo es la mujer.

II.—En la sociedad común está prevenido (L. 47, tít. 28, Part. 3, al fin) que el dominio de las ganancias que haga uno de los socios pasa á los otros, como si cada uno de ellos la hubiere hecho, principio que por analogía es aplicable á la sociedad conyugal.

III.—La ley 4, tít. 4, Lib. 10, Novísima, dice que «los bienes que han marido y mujer que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos separadamente:» las palabras *que son de ambos* son palabras de presente y no de futuro y significan que en el momento en que el marido ó la mujer tienen bienes gananciales, estos bienes pertenecen á ambos, por mitad.

IV.—Según la Ley 9, tít. 4, Lib. 10, Novísima, la mujer puede ser obligada á pagar las deudas contraídas durante el matrimonio, siendo el motivo de este precepto las ganancias adquiridas durante el matrimonio y de que participa la mujer.

V.—Según la misma ley, la mujer se libra de pagar las deudas si renuncia á los gananciales: y como sólo se puede renunciar al derecho que se tiene, desde el momento en que hay necesidad de la renuncia, esto significa que la mujer adquiere los gananciales.

VI.—La Ley 8 del mismo Título y Libro, dice que si el marido legare algo á su mujer, al tiempo de su muerte ó testamento, no se le cuente este legado en la parte que la mujer debe haber en los bienes gananciales, sino que haya la mitad de estos gananciales y además el legado. La razón de esto es que el dominio y posesión de la mitad de gananciales quedó transferido á la mujer en el momento de la adquisición, y, por consiguiente, el legado debe hacerse efectivo en otros bienes.

VII.—Según la ley 10 del mismo Título y Libro, la mujer no pierde sus gananciales por delito que cometa el marido, y en este caso se entienden por gananciales los bienes que se adquieren durante el matrimonio hasta que se pronuncie la sentencia contra el culpable: por consiguiente, la mujer tiene un derecho de propiedad y posesión en la mitad de gananciales, derecho enteramente distinto del que tiene el marido, porque sólo los gananciales de éste quedan sujetos á la sentencia.

VIII.—Finalmente, la ley 11 del mismo Título y Libro ordena que la mujer, durante el matrimonio, pueda perder sus gananciales por delito que cometa, y, por tanto, durante el matrimonio tiene la propiedad y posesión de sus gananciales, porque de otra manera no los podría perder.

No hay, pues, duda, y es doctrina común de los más acreditados jurisconsultos, que la mujer adquiere inmediatamente y por ministerio de la ley (*ipso jure*) la propiedad y posesión de la mitad de gananciales; pero hay algunas diferencias entre los derechos de ella y los del marido.

I.—La mujer puede renunciar á los gananciales, si no quiere pagar las deudas que el marido contrajo durante el matrimonio, (Ley 9, Tít. 4, Lib. 10, Novísima), lo cual no puede hacer el marido, sino que éste tiene obligación de pagar las deudas, destinando á ese fin los bienes gananciales y aún sus bienes propios, si aquellos no bastaren.

La mujer puede renunciar á los gananciales, al celebrarse el matrimonio, durante éste y después de disuelto: si cuando la mujer renuncia á los gananciales se habían adquirido algunos de éstos, el dominio y la posesión que la mujer adquirió al adquirir-

se dichos bienes quedan revocados: en este sentido se dice que el dominio y posesión de la mujer son revocables: son también revocables cuando la mujer pierde los gananciales, por disposición de la ley, á beneficio del marido ó de los herederos de éste: los pierde á favor del marido cuando comete adulterio, (Ley 15, Tít. 17, Part 7 ó cuando abandona el domicilio conyugal [Ley 5, Tít. 5, Lib. 4, Fuero Real]; los pierde á favor de los herederos del marido cuando durante su viudez vive escandalosamente (Ley 5, Tít. 4, Lib. 10 Novísima): son, por último revocables, como consecuencia de la facultad concedida al marido para que pueda enagenar los bienes gananciales.

En lo relativo al marido, el dominio y posesión que él adquiere es irrevocable, porque ni él puede renunciar los gananciales para libertarse del pago de las deudas del matrimonio, ni los pierde á favor de la mujer ó de los herederos de ésta en los casos en que la mujer los pierde: pero esto no significa que él sea, antes de que disuelva el matrimonio, el real y verdadero dueño de todos los gananciales, como dice Febrero, (2 Feb. Mex., pág. 225, § 20.)

Este principio de Febrero, si se toma literalmente, es contrario á los preceptos de las leyes y á la doctrina general, según la cual la mujer adquiere inmediatamente, por ministerio de la ley (*ipso jure*), el dominio y posesión de los bienes gananciales, y es también contradictorio con lo que el mismo Febrero ha dicho antes, [§ 19], á saber, que á la mujer casada se comunica y transfiere *en hábito* y potencia el dominio y posesión revocable y ficta de la mitad de los bienes gananciales: *en hábito* significa que, aunque el dominio y posesión existen, sin embargo no se pueden ejercer los derechos originados de ellos: pero, si existen, aunque sea por una ficción legal, como dice Febrero, esto significa que el marido no tiene el dominio de todos los gananciales. Ni es posible que lo tenga, porque desde el momento en que lo tuviera la sociedad legal dejaría de existir y se llegaría á los principios del derecho romano y del derecho canónico, principios según los cuales todo lo que se adquiriera durante el matrimonio, aún por la mujer, pertenece a! ma-

rido, principios que precisamente fueron modificados por las costumbres y leyes que establecieron, en materia de bienes, la comunidad conyugal.

Lo que Febrero quiso significar es que el marido, ejerce, con exclusión de la mujer, actos de dominio en todos los gananciales; pero esto no significa que él sea dueño, sino sólo que á él se le ha confiado la administración de la sociedad y que sus facultades son de tal manera ámplias que la ley lo autoriza para vender y enagenar los bienes, disponiendo libremente no sólo de su parte de gananciales, sino aún de aquella que pertenece á la mujer. Este punto se relaciona con la segunda limitación de que paso á ocuparme.

II.—Aunque la mujer tiene el dominio y posesión de la mitad de los gananciales, sin embargo, ese dominio y posesión no producen efecto real, sino hasta que se disuelva el matrimonio: durante éste, el marido puede disponer de todos los gananciales y enagenarlos, y esos actos obligan á la mujer, siempre que no haya habido, de parte del marido, intención de defraudar á aquella; (L. 5, Tít. 4, Lib. 10, Novísima). La facultad del marido para disponer de todos los bienes gananciales no se origina de que él tenga el dominio de todos esos bienes, porque eso es contrario á todas las leyes que antes he citado: esa facultad se deriva de que el marido es el administrador de la sociedad conyugal, con facultades muy ámplias en materia de enagenación, y de que la mujer, no sólo respecto de los bienes gananciales, sino, en general, aun respecto de todos los bienes que le pertenezcan, y en los cuales su dominio y posesión tiene efecto real, no puede, sin licencia del marido, y bajo la pena de nulidad de lo que hiciere, hacer contratos, ó rescindirlos, ó relevar de obligaciones, ó comparecer en juicio, ó repudiar herencias, (L. 11, Tít. 1, y Ley 10, Tít. 20, Lib 10, Novísima).

Pero, aún admitiendo la hipótesis de que en efecto el marido, durante el matrimonio, tenga el pleno dominio de los gananciales, y que sus facultades de enagenación se originen, no de sus facultades de administración, sino de un derecho de dominio, no es discutible que esa situación cesa al di-

solverse el matrimonio, y que tienen un derecho perfecto el cónyuge supérstite á la mitad de gananciales y los herederos del otro cónyuge á la otra mitad; y esta situación es la que interesa en el caso de R. R., porque se trata de esclarecer cuáles eran los derechos de los hijos R. R., al fallecer la mujer de éste, en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio.

Una vez disuelto el matrimonio, los herederos de la mujer muerta adquirieron pleno derecho en los gananciales, si la mujer no tenía antes el dominio; y, si lo tenía, ese dominio, cuyos efectos no se producían antes, se manifiesta con todos sus caracteres: en uno y otro caso, la plenitud del dominio, con todos sus efectos, pertenece, en cuanto á la mitad de gananciales, al cónyuge que sobrevive y la otra mitad al otro cónyuge.

A este propósito debo explicar el sentido de una ley que fué mal comprendida por el Tribunal de..... Esta ley es la 6, Tít. 4, Lib. 10 de la Novísima. Esta ley previene que, disuelto el matrimonio, el marido y la mujer, aunque casen segunda ó tercera vez, pueden disponer libremente de los bienes gananciales adquiridos durante el primero, segundo ó tercer matrimonio, y que tienen esta libre disposición aunque haya habido hijos de los matrimonios durante los cuales se adquirieron los gananciales, sin estar obligados á reservar á los tales hijos propiedad ni usufructo de dichos bienes.

Esta ley no presenta duda alguna: disuelto el matrimonio, la mitad de los bienes gananciales pertenecen al cónyuge que sobrevive: esos bienes se deben al común trabajo é industria de los cónyuges, por lo cual se pretendía que el cónyuge supérstite debía reservar sus gananciales á los hijos del matrimonio durante el cual habían sido adquiridos: la ley previno que el cónyuge supérstite podía disponer libremente de esos bienes, sin reservarlos á los hijos pero claramente se refirió á los gananciales que le habían correspondido, no á los que habían correspondido á los herederos del cónyuge muerto.

Una explicación hará más comprensible todavía el objeto de la ley. Algunas leyes disponen que, al casarse la mujer segunda

vez, tenga obligación de reservar cierta clase de bienes á los hijos del primer matrimonio: así, por ejemplo, conforme á la Ley 26, Tít. 13, Part. 5, la mujer que se casa segunda vez está obligada á reservar las arras y donaciones que recibió del primer marido á los hijos que tuvo con éste: la Ley 7, Tít. 4, Lib. 10 de la Novísima previene que en todos los casos en que las mujeres, casando segunda vez, estén obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio los bienes que recibieron del primer marido ó los que heredaron de los hijos del primer matrimonio, el varón que se casare segunda vez tenga igual obligación respecto de los hijos del primer matrimonio. Estos bienes se llaman bienes reservables, y, en general, se da este nombre á los bienes que el viudo ó viuda que se casa segunda vez está obligado á reservar ó guardar para los hijos del primer matrimonio. (Escriche, Bienes reservables).

La Ley 6, Tít. 4, Lib. 10, Novísima, al decir que el marido ó la mujer, al casarse segunda vez, puede disponer libremente de los bienes gananciales, ha querido significar solamente que la parte de gananciales aplicadas al cónyuge supérstite no son bienes reservables.

El Tribunal de..... cometió, pues, un error al creer que esta ley daba el cónyuge supérstite un derecho de propiedad, aun en la mitad de los bienes que debía pertenecer á los herederos del otro cónyuge; debe observarse que la ley habla, no sólo del marido, sino también de la mujer, y da derechos iguales á ésta y á aquél: y si fuera exacta la opinión del Tribunal de..... resultaría un notorio absurdo, esto es, que el cónyuge supérstite era heredero forzoso del otro cónyuge, en cuanto á los gananciales, y que, al morir uno de los cónyuges, el otro, aunque fuera la mujer, tenía la propiedad absoluta de todos los bienes gananciales.

Disuelto, pues, el matrimonio, por la muerte de la mujer, la mitad de los bienes gananciales pertenece al marido y la otra á los herederos de la mujer; y con este motivo surge una nueva cuestión. No habiéndose dividido los bienes después del fallecimiento de la mujer, ¿qué situación legal se produce? ¿Continúa, acaso, la sociedad, en

los mismos términos que la conyugal, entre el marido y los herederos de la mujer?

Una cuestión previa se presenta en este caso. En términos generales, "el que contrata" lo hace para sí y su heredero; pero esta regla no puede aplicarse á la sociedad conyugal: esta sociedad fué establecida por la ley, como una de las consecuencias y de los efectos del matrimonio; esta sociedad concluye al disolverse el matrimonio y no puede admitirse que continúe entre el cónyuge supérstite y los herederos del muerto, si no es mediando el consentimiento, y, en efecto, se pretende que la sociedad conyugal continúe ó se renueve en virtud de un consentimiento tácito, entre tanto estén indivisos los bienes en poder del cónyuge que sobrevive.

En realidad, pues, se trata de un nuevo contrato en el que, al fallecer el cónyuge, interviene el consentimiento tácito de los herederos de éste y del otro cónyuge, y en el caso especial de R. R. se necesita esclarecer cuáles eran las leyes vigentes en Nuevo México cuando murió la mujer y si esas leyes autorizan para creer que la sociedad conyugal continuó después de fallecido uno de los cónyuges. Si la mujer de R. R. falleció, sea ántes de que Nuevo México quedara incorporado á los Estados Unidos, sea después, pero en una época en que todavía regía la legislación española, entonces la cuestión se presenta en los términos en que surge cuando ella es estudiada á la luz de los principios de esa legislación; pero si la mujer de R. R. falleció rigiendo en Nuevo México una legislación distinta, á la luz de esa legislación se tiene que estudiar si la continuación de la sociedad, no siendo consecuencia del matrimonio, sino de un consentimiento tácito, que se supone dado al fallecimiento de la mujer de R. R., realmente puede admitirse bajo esa legislación.

Aceptando la hipótesis de que la mujer de R. R. falleció bajo el imperio de las leyes españolas, tales como regían en 1845, se debe investigar si, en efecto, conforme á esas leyes, podía continuar la sociedad entre el cónyuge supérstite y los herederos del muerto, entretanto los bienes estuvieran indivisos en poder del primero.

Esta cuestión ha dividido á jurisconsultos

tos de grande autoridad; pero son sin duda de mayor solidez las razones de los que sostienen que la sociedad no continúa. Estas razones, son las siguientes:

I.—La sociedad entre el marido y la mujer es contraria al derecho común, y, por consiguiente, no debe extenderse más allá de los casos establecidos por las leyes.

II.—Esta sociedad no tiene por principal objeto el lucro, sino cumplir con los fines del matrimonio; en ella uno de los cónyuges pone trabajo, otro dinero u otra clase de bienes, tal vez los dos cónyuges lo uno y lo otro, siendo los bienes gananciales el resultado de la común industria y trabajo; esa comunión de bienes es la imagen de la vida conyugal según las leyes naturales y divinas, tiende á la conservación del amor entre los cónyuges y su objeto es que se atienda á las cargas del matrimonio y á la educación de los hijos, todo lo cual cesa desde que el matrimonio se disuelve.

III.—Cuando se duda si la adquisición hecha por alguno ha sido en nombre suyo ó en nombre común se juzga que la ha hecho en nombre suyo y no en nombre común, y, por consiguiente, en la duda, no puede presumirse que ha continuado la sociedad legal y que lo que adquiere el cónyuge supérstite ó uno de los herederos del cónyuge muerto, lo adquiere, no para él, sino para la sociedad.

IV.—Aún en la sociedad común, sujeta á las leyes generales, la sociedad se disuelve por la muerte de uno de los socios, (Ley 10, Tít. 10, Part. 5); y si esto pasa, por disposición de la ley, en las sociedades expresas, con más razón en las sociedades tácitas, como es la sociedad conyugal.

V.—Los que sostienen la opinión contraria dicen que, entretanto no se dividen los bienes, se considera que la viuda está en el primer matrimonio mientras no se case por segunda vez, por lo cual la sociedad conyugal continúa: á esto replican los que niegan esa sociedad que la viuda que permanece en la viudedad parece estar en el primer matrimonio; pero sólo en lo que concierne á su comodidad y utilidad, no en cuanto á la incomodidad y los daños, y que, como en la sociedad el socio que está á la utilidad también lo está á los daños, no pue-

de considerarse que ha continuado la sociedad conyugal.

El principio que sostienen los primeros jurisconsultos, según el cual la viuda que se conserva en el estado de viudedad parece que está todavía en el primer matrimonio, y la réplica que á esto se hace, sosteniendo que á la viuda se la considera en el primer matrimonio sólo para su utilidad, pero no para su daño, se refieren al caso en que á la viuda se dan alimentos de los bienes del marido muerto: estos alimentos se le dan cuando ha llevado dote al matrimonio, entre tanto no se le devuelva la dote.

VI.—Los que opinan que la sociedad conyugal continúa después de muerto uno de los cónyuges, entre tanto estén indivisos los bienes, invocan en su apoyo la ley 9, Tít. 4, Lib. 5 del Fuero Viejo de Castilla. En esa ley se dispone que, si muere uno de los cónyuges dejando hijos y el cónyuge supérstite se casa por segunda vez, los hijos del primer matrimonio, aunque hayan transcurrido treinta años desde la muerte del cónyuge, tienen derecho á que se haga la partición de bienes y á llevar la mitad de los bienes muebles que se hallaren y de cuantos bienes se hubieran ganado antes ó después que murió el cónyuge.

Pero el Fuero Viejo de Castilla no fué una ley general; por fuero se entiende los usos y costumbres que regían en varios lugares, y el mismo nombre se dió á las colecciones que se formaron de esos usos y costumbres; en cada lugar generalmente prevalecía un fuero distinto, y el Fuero Viejo de Castilla era el fuero de la nobleza castellana: ese fuero tuvo fuerza de ley sólo en los lugares en que fué adoptado, no fué ley general, ni aun en toda España, por lo cual el que invoca sus preceptos debe probar la vigencia del fuero; por lo que toca á América, él nunca tuvo fuerza de ley, y, por consiguiente, sus preceptos son inaplicables al caso de R. R.

Febrero, impugnando (1 Febrero Mexicano, 227, § 24, 25, 27 y 28) la teoría de la continuación de la sociedad legal después de la muerte de uno de los cónyuges, acepta (§ 29) que se entenderá renovada y tácitamente continuada, dividiéndose los gananciales adquiridos durante la proir divi-

sión, entre la viuda ó viudo y los herederos del muerto, en los casos siguientes:

I.—Si los interesados convienen en hacer en esa forma la partición de bienes, ó si eso se pactó en los contratos nupciales, nada de lo cual tuvo lugar en el caso de R. R.

II.—En los pueblos donde se sigue por fuero esa costumbre: en varios fueros de España se contenía, en efecto, esa costumbre; pero, tratándose de una ley especial, es necesario probar su vigencia; por lo que toca á América, no se observó en ella ninguno de esos fueros.

III.—Cuando todos los bienes son gananciales.

IV.—Cuando los bienes están indivisos y los interesados viven juntos de los productos, sin llevar cuenta.

Conviene, por último, observar que, en opinión de varios de los jurisconsultos que sostienen la teoría de la continuación de la sociedad, ésta no se entiende renovada, ni continuada, cuando los herederos de la mujer están bajo la patria potestad del padre: la razón de esto es que el padre representa á los hijos no emancipados y, en cierto modo, el padre y los hijos que están bajo su potestad son una misma persona, por lo cual no puede haber contrato entre ellos: el hijo estaba bajo la potestad del padre, hasta cumplir veinticinco años; pero la patria potestad cesaba antes de esa edad, si el hijo se casaba ó si el padre lo emancipaba.

He enunciado la observación anterior tomando en cuenta sólo las leyes que estuvieron vigentes en México hasta que Nuevo México pasó á formar parte de los Estados Unidos; pero como esas leyes se han de haber modificado en Nuevo México habrá necesidad de examinar si, conforme á las leyes que estaban vigentes en Nuevo México cuando murió la mujer de R. R., los hijos de éste tenían una condición legal que les permitiera contratar con su padre.

Debe advertirse que la cuestión sobre si continúa la sociedad legal después de muerto uno de los cónyuges es examinada y discutida sólo con relación á los frutos y ganancias que se tengan, y de ninguna manera respecto á la facultad de enagenación que durante el matrimonio tiene el marido. «Muerto uno de los cónyuges, dice Febrero, [Tomo 1, 227, § 24], si el otro tuvo al-

gún tiempo en su poder los bienes comunes y adquirió utilidades con ellos, parece que éstas se deben comunicar por mitad entre él y los herederos del difunto, en los mismos términos que si, al tiempo de morir, se hubiese hecho la partición, porque se presume tácitamente continuada la sociedad por la proindivisión y aquiescencia de los interesados.»

De esa manera propone Febrero la cuestión; él impugna la generalidad de la teoría y limita ésta en los términos que antes he expresado; pero, al plantear la cuestión, para discutirla, se concreta al punto relativo á la distribución de los productos que hayan tenido los bienes comunes, después de muerto uno de los cónyuges, y, con referencia á lo mismo, agrega que la división de frutos se entenderá cuando el difunto dejó bienes productivos, porque, en caso contrario, sus herederos no tendrían derecho á las ganancias obtenidas por el cónyuge supérstite.

Palacios Rubios, uno de los jurisconsultos de más nota que sostienen la teoría de la continuación de la sociedad, dice (De donationibus inter virum et uxorem, § 62, número 25): «La sociedad contraída entre los cónyuges subsiste no sólo durante el matrimonio sino también cuando, muerto uno de los cónyuges, los bienes permanecen indivisos entre el cónyuge supérstite y los herederos del difunto, pues entonces las ganancias y los daños originados en esa negociación se dividen entre ellos, por mitad.»

La cuestión, pues, relativa á la continuación de la sociedad legal entre el cónyuge que sobrevive y los herederos del muerto, tiene como objeto práctico la división de las utilidades y daños, entretanto los bienes están indivisos, y se discute si deben dividirse por mitad ó si en proporción á los bienes de cada uno: pero no tiene como objeto esclarecer si el cónyuge supérstite, entretanto los bienes están indivisos, tiene facultades para enagenar los bienes en la forma en que la ley autorizaba al marido en la sociedad conyugal.

Ciertamente, ningún jurisconsulto de los que defienden la continuación de la sociedad legal, y que yo conozco, sostienen semejante principio, que sería enteramente

ilegal. La facultad concedida al marido durante el matrimonio reconoce como causa que él es el jefe del matrimonio, razón que no existe una vez que el matrimonio ha sido disuelto. Además, si la consecuencia de la continuación de la sociedad es que el cónyuge supérstite tenga facultades de tal manera amplias que pueda vender los bienes comunes, esa facultad la tendría también la mujer viuda, en caso de que el muerto sea el marido, y no hay ley alguna que permita aceptar semejante autorización en la mujer. Por último, la facultad de vender que tiene el marido se deriva ó del dominio pleno que tiene en todos los bienes, en opinión de aquellos que lo niegan á la mujer durante el matrimonio, ó del derecho del marido para el ejercicio real del dominio, en opinión de aquellos que, á la vez que reconocen á la mujer durante el matrimonio un derecho de dominio y posesión, aceptan que ese derecho no tiene efecto real sino hasta la disolución del matrimonio; pero, tanto en uno como en otro caso, la situación cambia, al disolverse el matrimonio; desde entonces la mujer ó sus herederos adquieren la plenitud del dominio, con todos sus efectos, y, por consiguiente, el marido supérstite no tiene la facultad de vender los bienes comunes, y mucho menos la mujer, si es ella la que sobrevive. En la hipótesis, pues, de que continúe la sociedad legal, después de muerto uno de los cónyuges, esa continuación no puede entenderse nunca para el efecto de que el cónyuge supérstite pueda vender y enagenar libremente los bienes gananciales, aún aquellos que fueron adquiridos durante el matrimonio.

Mucho menos tiene facultades el cónyuge supérstite para contraer deudas que constituyan un gravámen sobre los bienes comunes, porque, no tratándose de cosas que le pertenecen exclusivamente, no las puede obligar, ni resultan obligadas en esa forma: son deudas comunes las contraídas por el marido durante el matrimonio; pero, disuelto éste, son deudas personales del cónyuge que sobrevive las deudas que él contraiga sin autorización y consentimiento de los demás interesados.

Lo que he manifestado sobre la segunda

cuestión se reduce substancialmente á los puntos siguientes:

I.—La mujer, durante el matrimonio, tiene el dominio y la posesión de la mitad de los bienes gananciales; pero ese dominio y posesión no tienen efectos reales, sino hasta que se disuelve el matrimonio.

II.—En la hipótesis de que la mujer, durante el matrimonio, no tenga el dominio y posesión de la mitad de los bienes gananciales, sino que el dominio de todos estos pertenezca al marido, sin embargo, una vez disuelto el matrimonio, el cónyuge supérstite, por una parte, y los herederos, por la otra, tienen la plenitud del dominio, con todos sus efectos, en cuanto á la parte de gananciales que respectivamente les pertenece.

III.—Muerto uno de los cónyuges, entretanto los bienes comunes estén indivisos, no por eso se entiende continuada y renovada la sociedad legal entre el cónyuge supérstite y los herederos del otro.

Esta cuestión debe especialmente ser estudiada con relación á las leyes vigentes en Nuevo México cuando murió la mujer de R. R.

IV.—En la hipótesis de que, en términos generales, la sociedad legal se entienda continuada, sin embargo, esa continuación no puede existir entre el padre y los hijos que están bajo su potestad.

Esta cuestión también debe ser examinada bajo el punto de vista de las leyes vigentes en Nuevo México cuando murió la mujer de R. R.

V.—Los que sostienen la teoría de la continuación de la sociedad tratan de esclarecer solamente cómo deben distribuirse los frutos de los bienes comunes; pero no pretenden que, como efecto de esa continuación, el cónyuge supérstite tiene facultades para enagenar los bienes comunes en los términos en que el marido estaba facultado para ello por la ley, ni tampoco que el cónyuge supérstite puede contraer deudas que deban pagarse con los bienes comunes.

VI.—No hay fundamento legal para sostener que, aún en la hipótesis de que continúe la sociedad legal, el cónyuge supérstite pueda enagenar libremente los bienes comunes sin consentimiento de los demás

interesados y que pueda ejercer las facultades que la ley da al marido en la sociedad legal.

Resulta, pues, cualesquiera que sean las teorías que se sostengan: I. Que al fallecimiento de la mujer de R. R. los herederos de ésta tuvieron la plenitud del dominio de los bienes comunes. II. Que el marido no tenía facultad para vender libremente esos bienes.

Los terrenos concedidos á R. R. conforme á la Ley de 1824 y Reglamento de 1828 son bienes adquiridos durante el matrimonio; pero, para saber si en la sociedad conyugal hay ó no gananciales, es necesario liquidar antes el caudal de la sociedad conyugal, pagando las deudas contraídas durante el matrimonio, á fin de que resulte la cantidad liquidada partible entre el cónyuge supérstite y los herederos del muerto.

Podrá haber necesidad de vender bienes para pagar las deudas; pero el cónyuge supérstite no tiene facultad para esas ventas de propia autoridad, sin el consentimiento ni conocimiento de los demás herederos: podrá acontecer que éstos se opongan á la venta, y entonces habrá necesidad de acudir á la autoridad judicial para que ésta la permita y autorice, si hubiere motivo para ello: en caso de haber menores de edad, se exigen no sólo la autorización judicial sino otros requisitos, con objeto de proteger el interés de los menores.

Debe tenerse presente que para liquidar una sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges es necesario formar un inventario del activo y pasivo: ese inventario, aprobado por los interesados ó por los tribunales, es lo que justifica la venta de bienes para el pago de las deudas: si no hay inventario ó si de otra manera no están probadas con deudas, se debe presumir que no las hubo, y en consecuencia, los bienes comunes no están gravados con deudas y pertenecen por mitad al cónyuge vivo y á los herederos del muerto.

En consecuencia, para vender una propiedad común se requiere ó el consentimiento de los demás interesados ó, en defecto de este consentimiento, la autorización judicial: no habiendo ni lo uno ni lo otro, la venta que haga el cónyuge supérstite es una venta de cosa agena, en lo que

toca á la mitad de ella, con todas las consecuencias que se desprenden de un acto semejante. El tercero que compra debe cerciorarse del derecho y facultades de aquel con quien contrata, y, por lo mismo, debe investigar la naturaleza de la propiedad que se le vende, y, en caso de aparecer que sea cosa adquirida durante el matrimonio, necesita examinar si la venta ha sido autorizada por todos los partícipes, y en defecto de ellos, por la autoridad judicial. El dueño de la cosa vendida por otro tiene contra el comprador la acción de dominio: (Ley 33, tít. 5, part. 5).

Respecto de este último punto, creo que él debe ser juzgado conforme á las leyes vigentes en Nuevo México cuando se hizo la venta: R. R., al vender la totalidad del terreno, vendió la mitad que pertenecía á los herederos de su mujer: las consecuencias de este contrato y las acciones que, con motivo de él, puedan intentarse, se rigen por la ley bajo la cual el mismo contrato se celebró.

LIC. EMILIO VELASCO.

SECCION CIVIL

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MORELOS.

Magistrado: C. Lic. Francisco Orvañanos.
 " " " Cecilio A. Robelo.
 " " " M. Quiñones
 Secretario: " " Apolonio García Abad.

MATRIMONIO. ¿No es sino un contrato, conforme á nuestra Legislación de Reforma?

ID. ¿Existen diferencias entre él y los demás contratos?

ID. ¿Es objeto de una legislación especial?

ID. ¿Es susceptible de condición, en cuanto á su validez, como cualquier contrato?

ID. ¿Puede celebrarse bajo la condición de que después los cónyuges han de casarse canónicamente?

ID. ¿Es nulo el que se contrae en las circunstancias anteriores, si la condición no se cumple?

CONDICIONES. ¿Cuáles son opuestas á los fines esenciales del matrimonio?

ACTA DE MATRIMONIO. ¿Puede buscarse, fuera de ella, la prueba del contrato?

ERROR. ¿Cuál es el que quita el consentimiento en el matrimonio?

Cuernavaca, Enero 9 de 1896.

Visto el juicio ordinario seguido en el Juzgado de 1ª instancia de esta Capital por la Sra. F. G. contra el C. P. N., ambos vecinos de Huitzilac, patrocinado el segundo por los CC. Lics. Francisco Rodríguez y Clemente Castillo, sobre nulidad de matrimonio.

Resultando primero: Que la Sra. F. G. demandó á P. N. sobre nulidad del matrimonio civil que con él había contraído, fundándose en la falta de cumplimiento por parte de N. de la condición que ella había puesto para dar su consentimiento y celebrar el matrimonio, de que N. se casaría canónicamente, lo que no podía efectuar, por estar casado de esta manera con F. J., por lo que N. no ha estado jamás en posesión del estado matrimonial, que siempre ha esquivado la recurrente.

Resultando segundo: Que la Sra. G. acompañó á su demanda el certificado del Registro Civil, por el cual consta que el 1º de Diciembre del año de 1894 se celebró el matrimonio civil entre la Sra. F. G. y el C. P. N. el certificado expedido por el Sr. Cura de esta Ciudad, en el cual consta que el C. P. N. está casado canónicamente con F. J. desde el 17 de Noviembre de 1879, un certificado expedido por el Sr. Cura de Xochitepec, en el que aparece que varios testigos declararon con juramento que N. no estaba casado con F. J. y que al menos en esa Parroquia no había contraído ningún vínculo matrimonial con la expresada J., cuatro cartas, suscritas por P. N. y dirigidas á la demandante, una con fecha 12 de Agosto de 94, en la que le dice que no la está engañando, que ya está arreglado todo en el curato y que nada más falta un exhorto de Yautepec, otra de fecha 5 de Octubre del mismo año, en la que le dice que un tal Ciriaco podía informarle que no era casado, acerca de lo cual la informarían también algunas personas de respeto, que desechara todo temor acerca de que esa mujer le buscara la vida, pues no había de permitir que una mujer degradante viniera á vituperar á la que tanto quería; que qué hablarían de él la sociedad, sus amigos y todos; otra de 17 del mismo mes y año, en la que se queja de que no querían darle ninguna justificación de que no era casado; que ésto le estaba costando mucho trabajo, vueltas é investigaciones; pero que la va á satisfacer; que van á llamar á la misma mujer, y que el Arzobispo exigía el casamiento civil para darle fuerza á la Iglesia; y otra carta, suscrita por el mismo N. la víspera del casamiento civil, en la que le dice que al día siguiente sería

la diligencia, sin más retrasos; que el negocio importa mucho y que si no se hace pronto le impondrían una multa de trescientos pesos; que tiene que cerrarse el expediente y así se arreglaría lo de la Iglesia, pues le ha de cumplir todo; y además otra carta, suscrita por N., dirigida á la madre de la demandante, en la que le dice que su hija está anuente, si le presenta el certificado.

Resultando segundo: Que, corrido traslado de la demanda á P. N., confesó ser ciertos los hechos alegados por la Sra. G.; pero negó la demanda pues, en su concepto, no son bastantes ante la ley para producir la nulidad.

Resultando cuarto: Que, habiéndose oído al Representante del Ministerio público, éste dijo que el matrimonio entre la G. y P. N. debía estimarse válido, por no haber sido engañada aquélla respecto de la persona, ni haber intervenido miedo ó violencia; pero que, estando plenamente probado por las cartas que dirigió N. á la G., y que aquél reconoció como suyas, que la Sra. G. puso como condición para contraer su matrimonio civil el que se celebrara el canónico, y como pudo ponerse esta condición, por no ser contraria á los fines del matrimonio, una vez aceptado por N., debe cumplirlo, pero, constando de autos que está casado canónicamente, es imposible se cumpla con esta condición, por lo que, la única solución posible y arreglada á la equidad y á la justicia es que se declare válido el matrimonio, pero en suspenso los efectos civiles de éste mientras N. no pueda cumplir con el contrato en todas sus partes.

Resultando quinto: Que á petición de la Sra. G. se abrió el negocio á prueba y, durante la dilación probatoria, la misma señora pidió se tuviera como parte de su prueba los certificados y cartas exhibidas al interponer su demanda, previo el reconocimiento de las firmas suscritas por N.; además presentó una carta, suscrita por F. J., en que da á N. su consentimiento para casarse, con tal que cuide de sus hijos, pidiendo que la firma fuera reconocida por la J. y que se agregara á sus pruebas, previa citación del mismo N., que éste ratificara el escrito de contestación á la deman-

da, y, por último, que absolviera unas posiciones, á todo lo cual se decretó de conformidad, citándose á N. para el reconocimiento de las cartas y ratificación del escrito en que contestó la demanda y diligencia de posiciones, y á la Sra. F. J. para el reconocimiento de la carta nuevamente presentada y suscrita por ella.

Resultando sexto: Que no habiendo comparecido N. á la práctica de las diligencias para que había sido citado, á pedimento de la Sra. G. se señaló nuevo día, con apercibimiento de darse por reconocidas las firmas, ratificando el escrito de contestación á la demanda y por absueltas las posiciones en sentido afirmativo, cuyo apercibimiento tuvo efecto, por declaración judicial, por no haber concurrido tampoco N. la segunda vez que fué citado.

Resultando séptimo: Que las posiciones que se dieron por absueltas en sentido afirmativo son las siguientes: Primera. Que es cierto que N. no se ha casado canónicamente con la G. Segunda. Que cuando proyectó casarse con la G. aceptó la condición que ésta le puso de que sólo sería su mujer si además del matrimonio se celebraba el de la Iglesia y no de otra manera. Tercera. Que entonces aseguró N. no estar casado con F. J., ni civil, ni canónicamente. Cuarta. Que para violentar el matrimonio civil dijo á la G. que era preciso celebrarlo antes del canónico. Quinta. Que era cierto había dicho á la G. que el Obispo de este lugar le exigía para el matrimonio canónico la constancia de la celebración del civil. Sexta. Que también le dijo á la G. que el Cura de aquí le cobraba doscientos cincuenta pesos por el casamiento. Séptima. Que era cierto había dicho que para el pago de esa cantidad era preciso irse á México, á casar por la Iglesia. Octava: Que para convencer á F. G. que no era casado con F. J. le mandó una carta suscrita por ésta.

Resultando octavo: Que, hecha la publicación de probanzas á petición de N., se pusieron los autos á disposición de las partes para alegar las que remitieron al Juzgado sus respectivas apuntes y previa la correspondiente citación, se pronunció la sentencia cuya parte resolutive, dice: Primero: Es válido y subsistente el matrimonio civil celebrado por el C. P. N. con la

Sra. F. G. Segundo. Cada parte pague sus costas y las comunes por mitad.

Resultando noveno: Que de esta sentencia apeló la Sra. F. G. y el recurso le fué admitido, en ambos efectos, remitiéndose en consecuencia los autos á esta Sala, en cumplimiento de la ley.

Resultando décimo: Que, habiendo ocurrido la Sra. G. en tiempo oportuno y notificadas las partes de que los autos estaban á su disposición, así como á la del Ministerio Fiscal, la Sra. G. pidió y obtuvo una dilación probatoria y durante ella artículó posiciones á N., las que absolvió en sentido negativo, y solamente confesó que hizo ir á la G. á México, con el fin de contraer allí el matrimonio canónico, dando por razón de que aquí no podía casarse, por ser casado por la Iglesia, y que también es cierto que se presentaron en México en la parroquia de San Miguel.

Resultando undécimo: Que, señalado día para la vista sólo concurrieron á ella el Ministerio Fiscal y la Sra. G. remitiendo N. sus apuntes á los que se les dió lectura, pidiendo en esta audiencia el Ministerio Fiscal que se declarase nulo el matrimonio porque había habido error en cualidades esenciales de la persona, mediante la condición que lícitamente pudo poner la Sra. G., en virtud de la tolerancia de cultos, y porque el matrimonio no se había consumado, y esto era una prueba evidente de la retención de voluntad de la Sra. G. acerca del cumplimiento de esa misma condición, que no podía cumplirse por haberse descubierto que N. era casado canónicamente; quedando citados para sentencia el Ministerio Fiscal y la Sra. G. y decretándose que se hiciera igual citación á P. N.

Considerando primero: Que, decretada la independencia entre la Iglesia y el Estado, el matrimonio civil se ha considerado siempre en nuestra legislación como un contrato. Ley de 23 de Julio de 1859, 23 de Septiembre de 1873, 14 de Diciembre de 1874 y Código Civil del Estado.

Considerando segundo: Que, á pesar de lo dicho en el considerando anterior, entre el matrimonio y los demás contratos sólo hay de conformidad que uno y otro se forman por el consentimiento; pero difieren esencialmente en que en los segundos se tra-

ta de bienes materiales y en el primero del cumplimiento de obligaciones mútuas que, á la vez que ligan perfectamente á los contrayentes, se extienden á la familia y á la sociedad, por lo que todos los pueblos han estado conformes en atribuirle un carácter religioso, y aun el mismo Laurent, cuyas ideas avanzadas son bien conocidas, está de acuerdo en que tiene este carácter. Laurent, *Principes de Droit civil*. Vol. 2º, núm. 262.

Considerando tercero: Que, en virtud de esa esencial diferencia entre el matrimonio y los demás contratos aquel ha sido objeto por parte del legislador de una legislación especial de la cual no es lícito apartarnos, y por esa misma razón no pueden aplicarse al matrimonio los principios generales sobre los demás contratos, sino en los casos omitidos por la ley en esa legislación especial, y cuando éstos no sean opuestos á la naturaleza y fines del matrimonio.

Considerando cuarto: Que nuestro Código no define el matrimonio por su naturaleza y esencia, sino por los efectos que produce; pero, al decir que es un contrato para completar la definición, es preciso ocurrir á la que dá de contrato, y este es un convenio por el que dos ó más personas se transfieren algún derecho ó contraen una obligación, artículo 1272 Código civil, de lo que resulta que no puede concebirse un contrato sin consentimiento, pues el convenio, como lo revela su misma etimología es el concurso de volutades. *Nam sicut convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt ita et qui ex diversis animi motivis in unum consentiunt id est in unam sententiam decurrunt*. Lib. 1º, § 3º, D. de pactis.

Considerando quinto: Que, por ser el matrimonio un contrato, y por tratarse en él de obligaciones gravísimas y trascendentales, es muy conforme á su naturaleza que las partes estipulen las condiciones que crean convenientes, muy especialmente respecto de las personas con quienes se han de unir para siempre, pues del hombre no debe suponerse que obra fatal ó irreflexiblemente, sino en momentos pasajeros ó cuando su razón está perturbada por cualquier motivo, y por eso la Ley 1ª, tít. 4º, Part. 4, dice: Condiciones son una mane-

ra de posturas señaladas que ponen los omes entre sí: e han tal natura de ellas, que, si se cumplen, confirman el pleito sobre que son fechas. E si non se cumplen non son tenidos los omes de guardar el pleito que por ellos es puesto. E como quier que esto acaezca en muchas cosas, *señaladamente cae mucho en los casamientos* y todo ese título se ocupa de las condiciones que ponen los omes en las desposajas é en los matrimonios.

Considerando sexto: Que en nuestro Código Civil respecto de este punto sólo se encuentra en el lib. 1º, tít. 5º, cap. 1º, que trata de los requisitos necesarios para contraer matrimonio, el artículo 158, que dice: "Cualquiera condición contraria á los fines esenciales del matrimonio se tendrá por no puesta:" de lo que se infiere rectamente que las que no sean contrarias á los fines esenciales del matrimonio se tendrán por puestas y, si se han de tener por puestas, se han de cumplir, y su cumplimiento es un requisito necesario para contraer matrimonio, puesto que de esos requisitos exclusivamente se ocupa el título citado.

Considerando séptimo: Que, en el caso que nos ocupa, la Sra. G. puso por condición á P. N. para dar su consentimiento y celebrar con él su matrimonio que también lo habían de celebrar por la Iglesia, y esta condición fué aceptada por N., todo lo cual consta por su propia confesión, al contestar la demanda, por la segunda posición, que se dió por contestada, en sentido afirmativo, en su rebeldía, después de haber sido citado por dos veces con el apercibimiento respectivo, cuya posición está concebida en estos términos: Diga si es cierto como lo es que cuando proyectó casarse con la Sra. G. aceptó la condición que ésta le puso de que *sólo sería su mujer si, además del matrimonio civil, se celebraba el de la Iglesia y no de otro modo*.

Considerando octavo: Que, en esta condición de que se había de celebrar el matrimonio por la Iglesia, estaba implícita la de que N. estuviera libre del vínculo canónico, pues de otra manera no podía casarse por la Iglesia, y así lo exigió la G. y lo comprendió N., como es de verse por las cartas que se dieron por reconocidas en rebeldía de N., en todas las cuales asegura á la G. que

no estaba casado canónicamente; por ese mismo motivo presentó á la G. un certificado falso del curato de Xochitepec, en el que se dice que varios testigos declararon con juramento que N. no era casado y, por ese mismo motivo, mandó á la G. una carta falsa de F. J., casada canónicamente con N., en que se dice que ésta dá su consentimiento para el casamiento que pretende contraer N., pues, aunque el certificado y la carta que se dice suscrita por la J. son falsos y, por lo mismo, indignos de fé en cuanto á la aseveración que contienen, debe dárseles completa fé en cuanto á que, presentadas por N. á la G., se valió de estos documentos para engañar á ésta sobre el cumplimiento de la condición de que había de estar libre de vínculo canónico, y prueban, de una manera indudable, la existencia de esa condición, constando, además, por la tercera posición, que N. aseguró á la G. no estar casado con la J., ni civil, ni canónicamente.

Considerando noveno: Que la condición expresa de que se había de efectuar el matrimonio canónico y la implícita en ésta de que N. debería estar libre de vínculo canónico no son opuestas á los fines esenciales del matrimonio, antes bien, coadyuvan á los fines de éste de una manera eficazísima, pues siendo la sociedad por medio de la cual un solo hombre y una sola mujer se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie y ayudarse á llevar el peso de la vida, art. 155 del Código Civil, nada más conforme á esa institución que la imposición de las condiciones que tienen por objeto disminuir las discordias entre los cónyuges, hacer que los auxilios que se tienen que prestar lo sean con más seguridad y de una manera completa y procurar el mútuo acuerdo en la educación de los hijos.

Considerando décimo: Que también está plenamente probado que N. no cumplió la condición que expresamente había aceptado, pues esto consta por la primera posición que se le articuló y se dió por contestada en sentido afirmativo y por haber confesado también que ya estaba casado canónicamente, en una de las posiciones que absolvió en segunda instancia.

Considerando décimo primero: Que, por

lo dicho anteriormente, es preciso examinar si la falta de cumplimiento por parte de N. de las condiciones que se le impusieron para contraer su matrimonio con la G. constituye una falta total de consentimiento ó un vicio en el consentimiento, es decir, si el matrimonio es inexistente ó solamente anulable, ó si debe declararse válido, porque, habiendo solo vicio en el consentimiento, éste no dé lugar á la nulidad, pues, aunque la doctrina de los actos inexistentes y anulables, no está expresamente definida en nuestro Código, conforme á la opinión de los comentadores del Código del Distrito Federal, que en esta materia contiene las mismas disposiciones que el nuestro, y según el sentir de algunos distinguidos jurisconsultos que se han ocupado entre nosotros de esta materia, tal doctrina es muy conforme á los principios de ese Código y puede decirse adoptada por él en muchos de sus artículos, aún tratándose de matrimonio. Agustín Verdugo, *Principios de Derecho Civil Mexicano*, tomo 3.º, núms. 207 al 212; Manuel Mateos Alarcón, *Lecciones de Derecho Civil*, Leccs. 1ª y 5ª.

Considerando décimo segundo: Que, por ser el matrimonio un contrato, puede decirse que no hay matrimonio sin consentimiento, pues, aunque en el Código Civil no hay un texto expreso que así lo declare, la ley de 14 de Diciembre de 1874, en su art. 23, frac. 8ª, dice: «La voluntad de los contrayentes, libremente expresada en la forma que establece esta ley, constituye la esencia del matrimonio.»

Considerando décimo tercero: Que, para que haya consentimiento en los contratos, es preciso que haya la más exacta conformidad entre las partes, en cuanto á la persona, las cosas y la naturaleza y modalidades del contrato que se intente celebrar, porque, si no, no hay concurso de voluntades; pero en el caso que nos ocupa la Sra. G. prestó su consentimiento para casarse con P. N. libre de vínculo canónico, y P. N. ha consentido en casarse ligado con ese vínculo, de lo que resulta que no hubo concurso de voluntades, que no hubo consentimiento acerca de una misma cosa, y, por lo mismo, no hubo contrato.

Considerando décimo cuarto: Que, aun-

que en el acta del Registro civil se dice que la Sra. G. y P. N. convinieron en darse y recibirse mutuamente por esposos y, por lo mismo, puede decirse que, conforme al testimonio de esta acta, hubo consentimiento acerca de una misma cosa, hay una notable diferencia entre el instrumento y el contrato descrito en ese instrumento y puede ser nulo el instrumento y válido el contrato y al contrario, porque en las cosas diversas y separadas no es recta la consecuencia de una á otra, *Pax de fide instrum. Resolutio*, 3ª, tít. 1º, § 35 y 36, y, contrayéndonos al matrimonio, aunque el art. 61 del Código Civil dice que los testimonios de las actas del Registro Civil hacen plena fé en juicio y fuera de él, el art. 433, frac. 5ª, del Código de Procedimientos Civiles llama instrumentos públicos á las certificaciones de nacimiento, matrimonio, etc. y el 543 dice que los instrumentos públicos hacen plena prueba, aunque se presenten sin citación del colitigante, salvo siempre el derecho de éste para redargüirlos de falsos, y, por último, la Ley de 14 de Diciembre ya citada, en su artículo 6º, dice: "Las actas del registro serán la única prueba del estado civil de las personas y hacen fé en juicio mientras no se pruebe su falsedad," y en el presente caso no se dice que sea falso el instrumento sino el contrato contenido en ese mismo instrumento, pues en él aparece que los contratantes dieron un consentimiento puro y, por las pruebas rendidas y sobre todo por la confesión de N. ratificada y sostenida constantemente en los autos, el consentimiento fué condicional, han hecho una declaración falsa al Juez del Registro Civil, y la falsedad de esta declaración puede probarse por cualquier medio de prueba. Laurent, obra citada, número 38.

Considerando décimo quinto: Que, aunque se diga que es de la esencia del matrimonio que un hombre y una mujer consientan en casarse, y no que se casen con un hombre ó una mujer que están dotados de éstas ó aquellas cualidades, y, por lo mismo, en este sentido es bastante el testimonio del registro del matrimonio entre la Sra. G. y P. N. para probar que hubo consentimiento en lo esencial y que por lo mismo no es falso el acto, debe tenerse pre-

sente que los pactos añadidos á los contratos, aunque no deben confundirse con ellos, tienen una fuerza común de obligar con los contratos, mucho más cuando, como en el presente caso, se ponen como condición, pues ésta no es otra cosa que una circunstancia añadida al contrato, de cuya existencia hemos querido que dependa el mismo contrato, no tratándose, por lo mismo, de un consentimiento viciado por el error en las cualidades de la persona, sino de falta absoluta de consentimiento, pues si en el matrimonio engaña el que puede, según expresión de Loisel, no puede negarse que generalmente todos consienten en el error, aunque algunos se arrepientan después: pero la Sra. G. no quiso consentir en ese error, seré tuya, le dijo á N. si te casas conmigo canónicamente y *no de otro modo*; y estas palabras excluyen su voluntad de una manera clara y precisa en el evento de que no se cumpliera la condición que desde antes había estipulado.

Considerando décimo sexto: Que, aunque se ha dicho que el certificado del acta de matrimonio de F. G. y P. N. es falso, en cuanto á su contenido, de aquí no puede sacarse la consecuencia de que la Sra. G., que también dió una falsa declaración al Juez del Registro Civil, no puede invocar la falsedad de esa declaración para anular el matrimonio, porque debe tenerse presente que la Sra. G., además de haber estipulado que se casaría con N. libre de vínculo canónico, estipuló que habían de contraerse los dos matrimonios civil y canónico, cuya condición fué también aceptada por N. y, siendo totalmente independientes el uno del otro, la G., al celebrar el matrimonio civil, no pudo hacer otra declaración que la que hizo para que quedase perfecto y, por lo mismo, no hubo dolo por su parte, y, además, como ya se dijo antes, no hay en el presente caso una obligación válida en sí misma, y sólo éstas pueden rescindirse, art. 1656 del Código Civil, no tratándose por lo mismo de la rescisión del contrato, sino de la no existencia del matrimonio.

(Continuad).