



X

1er
311

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**"LA IMPOTENCIA COMO OBSTACULO SUBSTANCIAL
PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO"**

86

XD

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
HORACIO GOMEZ MENDIETA

MEXICO, D. F.

1970

11991



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

"LA IMPOTENCIA COMO OBSTACULO SUBSTANCIAL PARA LA CE- LEBRACION DEL MATRIMONIO"

CAPITULO I

CONCEPTO Y EVOLUCION DEL MATRIMONIO

- I. Evolución del Matrimonio:
 1. - Promiscuidad Primitiva
 2. - Matrimonio por Grupos
 3. - Matrimonio por Rapto
 4. - Matrimonio por Compra
 5. - Matrimonio Consensual
- II. Concepto del Matrimonio:
 1. - Concepto Romano del Matrimonio
 2. - Concepto Canónico del Matrimonio
 3. - Concepto Laico del Matrimonio

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

1. - El matrimonio como una institución
2. - El matrimonio como un acto jurídico condición
3. - El matrimonio como acto jurídico mixto
4. - El matrimonio como un contrato ordinario
5. - El matrimonio como un contrato de adhesión
6. - El matrimonio como un estado jurídico
7. - El matrimonio como un acto de poder estatal

CAPITULO III

ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

I.- Elementos esenciales del matrimonio

- 1.- La manifestación de voluntad**
- 2.- Objeto posible como elemento del matrimonio**
- 3.- Reconocimiento de la norma a la manifestación de voluntad
contenida en el acto jurídico**

II.- Elementos de validez del matrimonio

- 1.- Capacidad de los contrayentes**
- 2.- Ausencia de vicios del consentimiento**
- 3.- Licitud en el objeto, motivo, fin y condición del matrimonio**
- 4.- La forma como elemento de validez del matrimonio**

CAPITULO IV

LA IMPOTENCIA COMO IMPEDIMENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO

I.- Concepto de impedimento

II.- Clasificación de los impedimentos matrimoniales

III.- Definición de impotencia

IV.- Clases de impotencia y sus causas

V.- La impotencia como impedimento para contraer matrimonio en el Derecho Canónico.

VI.- La impotencia como obstáculo substancial del matrimonio.

- 1.- La impotencia como causa de nulidad**
- 2.- La impotencia como causa de divorcio**

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO I

CONCEPTO Y EVOLUCION DEL MATRIMONIO

A través del tiempo se ha reconocido la gran importancia del matrimonio, ya que constituye la base fundamental de la familia y con esto del derecho familiar, nuestra ley considera en igualdad de condiciones las relaciones que nacen por filiación legítima o natural; criterio seguido por la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917.

El Código Civil vigente ha continuado con el criterio de la Ley de Relaciones Familiares, al estimar que es posible la investigación de la paternidad, que aún no se reconocía en el ordenamiento de 1917; además, equiparó los derechos de los hijos nacidos del concubinato, de los naturales con los legítimos y facilitó la de los nacidos de concubinato, para considerar posible la investigación de la paternidad siempre y cuando se demostrara, que tales hijos fueron concebidos durante el tiempo que la madre habitó bajo el mismo techo con el pretendido padre viviendo con él normalmente.

En consecuencia, podemos sustentar el criterio de que el matrimonio, es una de las partes más importantes del Derecho de Familia pero no la fundamental como en otros tiempos se venía considerando.

El criterio sustentado por la legislación mexicana, es más

humanitario que el anterior sistema, ya que el actual considera ya a los hijos nacidos fuera de matrimonio. Esta postura tiene su justificación en el hecho, de que el Derecho no puede colocar en una situación inferior o ilegítima a los hijos naturales de los habidos fuera de matrimonio.

El sistema jurídico debe impedir hasta donde sea posible el desarrollo de uniones extramatrimoniales, toda vez, que el matrimonio constituye uno de los pilares de la sociedad, del Estado mismo, pero cuidando como ya se dijo que sea esto sobre bases justas, para todos los que forman parte del conglomerado social, y debido a lo anterior es por lo que ha nacido nuestro interés por estudiar, aunque sólo sea una parte relacionada con el Matrimonio.

I. EVOLUCION DEL MATRIMONIO

El matrimonio al igual que todas las instituciones está sujeto a continuos cambios, a constante evoluciones a través del tiempo y durante mucho tiempo ese instinto lo movió a recordar aquella época de promiscuidad sexual, pero a través de ese devenir la conciencia humana ha reprimido esos actos sexuales desordenados, restringiéndolos con normas rígidas envueltas en ceremonias, de las que puede decirse que ha nacido el concepto actual del matrimonio.

En efecto, podemos señalar como grandes etapas de la evo-

lución del matrimonio las siguientes:

1. - Promiscuidad Primitiva.
2. - Matrimonio por Grupos.
3. - Matrimonio por Rapto.
4. - Matrimonio por Compra.
5. - Matrimonio Consensual.

1. - PROMISCUIDAD PRIMITIVA.

Según las hipótesis más relevantes de los sociólogos, existió en un principio una promiscuidad que hizo que la organización social de la familia se determinará siempre a través de la madre, e hizo difícil el poder determinar la paternidad de los hijos.

Cabe mencionar que se ha considerado por algunos autores esta etapa como transitoria del matriarcado, entre los cuales se encuentran Bachofen, Morgan, Bastian y los socialistas.

Según el brillante sociólogo Antonio Caso: "Lo cierto, es que, en los pueblos naturales, es tanto más apreciada la mujer en cuanto puede exhibir mayor número de amantes. Este hecho concordaría de fijo, con la promiscuidad que con la unión monogámica. No obstante, concordaría todavía más con el apareamiento transitorio que sostiene Eleutheropulos. Muy probablemente la sociedad elemental se constituyó con los primeros hombres que vivían en común, dentro de uniones transitorias regidas por medio de prácticas consuetudinarias, cuya pri-

mera fórmula tácita debió ser la prohibición del asesinato de los individuos pertenecientes a la comunidad. La endogamia y el incesto debieron ser entonces la regla universal" (1).

Respecto a las teorías antes enunciadas, Pablo Krische, en su libro titulado "El Enigma del Matriarcado" sostiene la probable universalidad del matriarcado, y sostiene: "El matriarcado propiamente dicho se inicia cuando la cultura inestable de los cazadores se transforma en la cultura sedentaria de los agricultores. Desde siempre estaba la mujer como recolectora de frutos, en estrecho contacto con la tierra y sus productos: las plantas. Cuando los progresos debidos a la mujer (cultivo de la tierra, tejido y alfarería), arrebataron poco a poco el predominio económico al hombre cazador y dieron a la mujer, como elemento productor, la preponderancia económica, tuvo lugar esta transformación, única, hoy, en la historia de la cultura, que convirtió a la mujer en la clase directora de la sociedad humana, y trajo por consecuencia, una época clásica de la cultura femenina que, aunque de corta duración, dejó hondas huellas tras de sí, cuyos restos se han mantenido hasta nuestros días." (2)

(1) Antonio Caso. Sociología. Tercera Edición. Año de 1939. Editorial Polis. Pag. 194.

(2) Antonio Caso. Ob. Cít. Pag. 206.

2.- MATRIMONIO POR GRUPOS

Se presenta ya como una forma de promiscuidad relativa, ya que por circunstancias míticas, derivadas del totemismo, los miembros de una tribu, se consideraban hermanos entre si y en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres de su propio grupo o clan. De aquí la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente. En un principio los matrimonios se realizaban entre un número de individuos de un mismo grupo con igual número de mujeres de una tribu distinta. Al igual la promiscuidad es absoluta y se desconocía la paternidad en los menores, siendo un régimen matriarcal por el sistema de filiación uterina.

3.- MATRIMONIO POR RAPTO

Posteriormente fue cambiando el concepto sobre las relaciones en los individuos debido a las guerras y a la idea de dominación que se presenta en los distintos grupos y es cuando aparece el matrimonio por rapto.

En esta situación se considera a la mujer como botín de guerra y el que resultara vencedor adquiría la propiedad sobre las mujeres que lograban arrebatar a sus enemigos. En el matrimonio por rapto intervienen ideas religiosas, siendo ésta considerada como una evolución del matrimonio por grupos.

En efecto el raptor se asociaba con varios compañeros para raptar a una mujer perteneciente a una tribu distinta, aquí la paternidad se encuentra definida, debido a la unión monogámica. El marido es entonces el jefe de la familia y los hijos sometidos entonces bajo su potestad, la esposa igualmente fue colocada al nivel de una hija, ocasionando que surja un sistema patriarcal.

4.- MATRIMONIO POR COMPRA

En esta fase vemos que se viene a consolidar la monogamia adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, la cual se encuentra sometida bajo su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez para reglamentar la filiación en base a la paternidad, ya que esta es conocida. En esta etapa se viene a considerar al paterfamilias al estilo romano, es decir, de una manera ilimitada y absoluta, es el poder que ejerce sobre todos los miembros que integran el grupo familiar.

5.- MATRIMONIO CONSENSUAL

Por último se llega a la etapa de la libre manifestación de la voluntad por parte del hombre y de la mujer, los cuales se unen para constituir una unión permanente y perpetuar la especie. Aquí notamos ya el concepto actual del matrimonio moderno con una marcada influencia del cristianismo. Aquí vemos la gran importancia de la evolución

de las ideas religiosas, y como el cristianismo engendró la familia paternal cognática, creando una gran diferencia respecto al matrimonio por raptó y por compra, que aún cuando reconocen la cuestión monogámica no reconocen la importancia del consentimiento expresado por los contrayentes para realizar la unión sexual.

La unión monogámica, ya en nuestros días se consagra en las leyes como la última evolución del matrimonio. Spencer, señala en su libro "Principios de Sociología": "Ahora la unión por la ley se considera más importante que la unión por el afecto. Llegará un tiempo en que la unión por el afecto se considerará de más importancia que la unión por la ley; y esto acarreará la reprobación de las uniones conyugales en que la unión por el afecto se ha disuelto". (3) Asimismo la ilustre pedagoga sueca Ellen Key, escribe: "Consideramos como la forma ideal del matrimonio, la unión libre de un hombre y una mujer que por medio del amor quieren labrar su propia aventura y la de la humanidad. Cuando florezca todo el vergel, la ley sobre el matrimonio no tendrá más que un solo artículo: el que hace un siglo proponía Saint-Just: "Todos los que aman son marido y mujer". (4)

(3) Citado por Antonio Caso, Ob. Cit. Pág. 208.

(4) Citado por Antonio Caso, Ob. Cit. Pág. 209.

II. CONCEPTO DEL MATRIMONIO

El matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges: efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio.

Al momento de celebrarse el matrimonio da lugar a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges. El matrimonio como estado civil se compone, de un complejo de deberes y facultades y derechos y obligaciones, en vista, y para protección de los interesados de la familia, y su finalidad como es la protección de los hijos, la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

El conjunto de derechos y obligaciones, deberes y facultades, que nacen con el matrimonio, se presentan convergentes y coordinadas hacia los fines antes dichos, que para ser realizados requieren el esfuerzo y voluntad de ambos cónyuges.

Las finalidades antes mencionadas, exigen que la colaboración matrimonial sea reiterada y continua durante el tiempo que los una el lazo conyugal. El derecho familiar viene a ser un elemento más de colaboración en dichos intereses de los cónyuges para poder lograr una solidez y permanencia en la vida marital de los mismos. Esa comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que éste eleva a la categoría jurídica, para organizar

lo y sancionario por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituyen ese estado.

De las ideas antes expuestas podemos considerar al matrimonio como un acto jurídico, solemnado por medio del cual un hombre y una mujer se unen permanentemente, mediante el cual se instituye una comunidad plena de vida, física y espiritual, que tiende a la reproducción de la especie, la vida en común y el auxilio espiritual, de los cónyuges.

Precisado el concepto del matrimonio es conveniente seguir la evolución del concepto del matrimonio a través de la historia, hacia el concepto moderno del matrimonio, las cuales el maestro Rafael Rojina Villegas cita como sigue: 1. Concepto Romano del Matrimonio 2. Concepto Canónico del Matrimonio 3. Carácter Laico del Matrimonio. (5)

1. CONCEPTO ROMANO DEL MATRIMONIO

Ruggiero formuló una interesante tesis de la cual se desprende el concepto integral de esta institución: "El matrimonio romano que en la larga evolución de aquel derecho adoptó configuraciones muy

(5) Rojina Villegas Rafael, -Derecho Civil Mexicano. -Tomo II Año 1975 Editorial Porrúa, S. A. -Pág. 201.

diversas de forma, que el matrimonio justiniano no es realidad más que una pálida imagen del arcaico, se halla integrado por dos elementos esenciales, a saber, el uno físico, la conjunción del hombre y la mujer que no debe entenderse como una conjunción material de sexo y sí en un sentido más elevado, como unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la "deductio" de su esposa "in domum mariti". La "deductio" inicia la cohabitación y fija el momento en que el matrimonio se inicia. Desde este instante la mujer es puesta a disposición del marido, se halla sujeta a éste y comparte la posición social del mismo. Este poder del marido y la mujer bajo su mando, puede ser más o menos intenso, afirmarse energicamente en el poder de la manus que coloca a la mujer en situación de hija o faltar completamente; la participación en la dignidad de los honores o en el culto familiar del marido puede ser más o menos plena; la cohabitación puede interrumpirse, el régimen patrimonial puede variar, puede darse una absoluta paridad y una plena bilateralidad de derechos y deberes pero lo importante es que el elemento físico no falte, que haya un estado de hecho manifestado en la conveniencia, en el ponerse la mujer a disposición del marido. El otro elemento es intelectual o psíquico y es el factor espiritual que vivifica el material o corporal del mismo modo que la posesión (a ella se equipará el matrimonio en las fuentes romanas con frecuencia el "animus" es el requisito que integra o complementa el "corpus"). Este elemento espiritual es el "affectio maritalis", o sea, la

intención de quererse en el marido y la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida en común, de proseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal, una voluntad que no consiste en el consentimiento inicial en el único acto volitivo, sino que debe prolongarse en el tiempo ser duradera y continúa, renovándose de momento a momento, porque sin esto la relación física pierde su valor.

" Cuando estos dos factores concurren, el matrimonio queda constituido; cuando uno de ellos falta o desaparece, el matrimonio no surge o se extingue.

Nada más es necesario para su existencia, no se requiere empleo de formas distintas o determinadas (aún cuando ritos y ceremonias se requieren para su celebración en distintos tiempos y según las especies del matrimonio) tampoco precisa la intervención del Estado que fue siempre extraño, ni el uso de escrituras o instrumentos nupciales. Es la sola voluntad de los esposos que crea el vínculo y de su voluntad depende también el que aquél perdure".(6)

Asimismo, Jemolo señala: "O sea que podemos decir que los romanistas aunque no estén concordados en los detalles y en las ulteriores denominaciones y especificaciones, consideran sin embargo que

(6) Rojina Villegas Rafael, citados por él.-Ob. Cit.-Pág. 202.

el derecho romano fundó el instituto matrimonial en el "affectio maritalis", y en el honor "matrimonio", que según Albertario es el hacer a la mujer partcipe del rango y de la dignidad del marido. La "affectio maritalis" vendría a ser la voluntad de los cónyuges de estar unidos en matrimonio la conveniencia constituiría la base material y visible de la unión". (7)

2. CONCEPTO CANONICO DEL MATRIMONIO

Respecto a este tema de estudio es importante conocer la valiosa opinión de Ruggiero: "Profundamente diversa es la concepción del derecho canónico que reposa sobre fundamento y bases distintas. Esta institución ha seguido la situación del derecho canónico, es decir, una serie de problemas y vicisitudes suscitadas entre el Estado y la Iglesia. La influencia de este derecho se da ya en el último estudio durante el período de Justiniano. Pero la regulación del matrimonio por normas canónicas comienza en el siglo IX tímidamente, hasta que en el Concilio de Trento toda la materia matrimonial es regulada canónicamente afirmándose corresponder a la exclusiva competencia de la Iglesia la disciplina del matrimonio por el principio de que los actos concernientes al estado y condición de las personas son de la competencia de la Iglesia. Los padres de la Iglesia exigen que la unión de los

(7) Rojina Villegas Rafael, Citados por él. -Ob. -Cit. -Pág. 202.

esposos sea bendecida por un sacerdote; la bendición nupcial es la confirmación del matrimonio ya contraído y su consagración eclesiástica pero no un requisito esencial para su existencia. Carlo Magno la prescribe no siendo todavía condición de validez. Mientras tanto la Iglesia avanzando hacia esta dirección, se atribuye el conocimiento de las causas matrimoniales, afirma la exclusiva competencia de los tribunales eclesiásticos para dirimir las cuestiones matrimoniales y prepara el camino para extender la exclusividad de la jurisdicción a la legislación fijando en los oportunos cánones: los requisitos, los impedimentos, la forma de celebración, la nulidad del matrimonio. El Concilio Lateranense (1215) ordena que la promesa de matrimonio se haga pública, que la publicación se haga en la Iglesia durante la celebración de la misa, que la bendición del sacerdote acompañe y sancione la unión. Sus prescripciones no fueron siempre observadas ni recibieron aplicación general; el matrimonio es válido a pesar de la inobservancia de estas prescripciones. Pero la inobservancia se generaliza y más tarde el Concilio de Trento (1563) regula toda esta materia en forma definitiva. Ordena necesaria la intervención de párroco y la celebración del matrimonio "in facie ecclesiae": los esposos después de tres publicaciones efectuadas en tres días festivos y ante los fieles congregados por el oficio de la misa y durante ésta, deben comparecer ante el párroco, quien en presencia de dos o tres testigos los une y bendice la unión, extendiendo la partida correspondiente que se conservará en los registros parro-

quiales.

Al lado de esta que constituye la forma normal y pública, se admite en casos excepcionales y concurriendo circunstancias graves, el matrimonio secreto y clandestino que tiene lugar ante el párroco celebrándose privadamente y pudiendo eludirse el requisito de las publicaciones; este matrimonio no se registra en los libros ordinarios parroquiales sino que es un libro secreto cuya lectura está prohibida a quien carezca de autorización de la superior autoridad eclesiástica, es un matrimonio contraído sin forma alguna de publicidad, pero que produce los mismos efectos que el ordinario. Así el matrimonio se eleva a la forma de sacramento. Según la concepción canónica es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia, porque la unión de los esposos es la imagen de una unión con Cristo con la Iglesia y como ésta es indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia merced a la bendición nupcial, eleva a sacramento, y como el sacramento ha sido constituido por Dios y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble. Según las palabras del Evangelio, los cónyuges no son por ahora sino una misma carne ("itaque iam duo non sunt, sed una caro") y la unión no se puede disolver si no es por la muerte ("quos deus coniunxit homo non set parat").

Esta es la base teológica de la relación y se pretende conciliar con ella la base jurídica; la base jurídica se estructurará con las deficiencias y pasajes de las fuentes romanas, pero genera consecuencias muy diversas interpretando a los textos en que se hace alusión al *consensus* en oposición a la *cópula*, algunos juristas o curiales, si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él la idea religiosa, ven en el mismo un contrato, porque creen que el "*consensus*" en los pasajes romanos - significa "*affectio maritalis*" equivale al acuerdo o convención, es decir, a un contrato". (8)

Asimismo, es importante la opinión del ilustre maestro José Castán Tobeñas citado por el maestro Rafael Rojina Villegas "Tiene el matrimonio en la doctrina católica dos aspectos de gran relieve, el sacramental por haber sido elevado por Cristo a la dignidad de sacramento, y el natural por ser de derecho natural. El principio básico de la doctrina canónica, recogido por el vigente Código de Benedicto XV, que Cristo elevó a la dignidad de sacramento, el contrato matrimonial celebrado entre bautizados y que por ende no pueden estos contraerlo válidamente si no reciben al mismo tiempo el sacramento (canon 1012). Como por otra parte no pueden hacer uso del matrimonio sacramental sino aquellos (que sean súbditos de la Iglesia) que hayan recibido el bau-

(8) Rojina Villegas Rafael, -Ob. -Cit. -Pág. 204.

tismo, establece el derecho canónico entre un matrimonio contraído por bautizados y por no bautizados. El primero es el matrimonio canónico, el segundo es natural o puramente civil, que al ser contraído con sujeción a las normas legislativas o consuetudinarias de un pueblo, recibe la denominación de matrimonio legítimo". "El matrimonio canónico o matrimonio de los bautizados, no es pues otra cosa que el sacramento del matrimonio definido por la generalidad de los canonistas con estas palabras: "viri et mulieris coniunctio inter legitimas personas individual vitae consuetudinem retineus et a Cristo ad dignitatem sacramenti elevata" y por el profesor de Munich A. Knech como la unión elevada por Cristo a Sacramento de un hombre y una mujer para la comunidad de la vida recíproca y perpetua espiritual y corporal". "Según la doctrina canónica es el matrimonio un sacramento cuyos ministros son los mismos contrayentes siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia. Como materia del sacramento los canonistas designan la voluntad de las partes de contraer matrimonio y como forma la expresión de esa misma voluntad". (9)

3. CONCEPTO LAICO DEL MATRIMONIO

En el Tratado de Derecho Civil de Enneccerus Kipp y Wolff se expresan las causas que permitieron crear un concepto laico sobre la institución matrimonial. En la obra señalada se considera que la re-

(9) Rojina Villegas Rafael. -Ob. Cit. -Pág. 204.

conquista del derecho matrimonial y la jurisdicción en los casos matrimoniales por el poder del Estado deriva de tres factores: el protestantismo, las ideas de la Iglesia galicana y las del derecho natural.

El protestantismo influyó al rechazarse la idea de que el matrimonio es un sacramento: "Del protestantismo los reformadores aunque no sin vacilaciones rechazan la naturaleza sacramental del matrimonio: principalmente Lutero califica al matrimonio como una cosa externa, mundana como el vestido, la comida y la casa sujeta a la autoridad secular. Ahora bien, nos referiremos a la importancia moral y religiosa del matrimonio exige el protestantismo que el poder del Estado, ordene el matrimonio con espíritu evangélico. Las ordenaciones territoriales eclesásticas del siglo XVI y posteriores se dictaron por soberanos territoriales aconsejados por teólogos. El derecho matrimonial en ella desenvuelto, pese a todas las diversidades se basa en ideas unitarias que descansan en la doctrina evangélica. La Jurisdicción en las causas matrimoniales es atribuida a autoridades territoriales junto a las cuales se sientan juristas eclesásticos. El derecho matrimonial canónico se reconoce y se aplica como derecho supletorio en tanto no chocase con la doctrina evangélica".

"De la Iglesia Galicana. En Francia durante el siglo XVI se difundió una teoría teológica jurídica que separaba dentro del matrimonio el contrato del sacramento: la regulación del contrato es compo

tencia exclusiva del Estado, pero es supuesto para recibir el sacramento del matrimonio".

"Del Derecho Natural, los teóricos de los siglos XVII y XVIII niegan igual que Lutero, la naturaleza sacramental del matrimonio como un contrato civilis. Estos conceptos que en particular son base de Landrecht prusiano pero que también hubieron de influir en la legislación revolucionaria y napoleónica de Francia, determinaron la atribución de las causas matrimoniales a tribunales puramente seculares (en Rusia en 1748) dieron una notable facilidad para el divorcio, para lo cual se señaló una analogía, con la disolución de una sociedad y en parte secularizaron la forma de celebración del matrimonio". (10)

De todo lo antes apuntado podemos ver la influencia que ha tenido el concepto del matrimonio y su desarrollo a través de la historia, su gran influencia por parte del derecho canónico, hasta llegar a nuestros días, en cada uno son dos cuestiones diferentes, es decir el matrimonio religioso y el matrimonio civil. Y como se vio el matrimonio religioso, desde el punto de vista de la Iglesia católica es un sacramento y de acuerdo a una concepción civil, el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que en términos generales podemos definirlo como un acto jurídico bilateral solemne en virtud del cual se produce entre dos

(10) Rojas Villegas Rafael. -Ob. -Cit. Pág.205.

personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes.

En México el artículo 130 de la Constitución de 1917 ha declarado que el matrimonio es un contrato civil y por lo tanto regulado por las leyes del Estado, sin que tengan ingerencia alguna los preceptos de derecho canónico. Nuestros códigos civiles de 1870 y 1884 habían considerado ya el matrimonio, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Oficial del Registro Civil competente, como en lo que atañe a la materia de impedimentos y que será objeto de estudio con mayor amplitud y con posterioridad, así como las causas de nulidad y a los efectos de la institución.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

Respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio existen diferentes posiciones doctrinales; en nuestro estudio seguiremos la clasificación que hace el maestro Rafael Rojina Villegas siguiendo a Castán Tobeñas por considerar que es la más completa. (11)

1. Como una Institución.
2. Como un acto jurídico condición.
3. Como un acto jurídico mixto.
4. Como un contrato ordinario.
5. Como un contrato de Adhesión.
6. Como un estado jurídico.
7. Como un acto de poder estatal.

1. EL MATRIMONIO COMO UNA INSTITUCION

Al respecto el concepto se da como un conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una finalidad.

Este punto de vista es sostenido por Ihering, el cual señala que jurídicas se agrupan constituyendo una serie de preceptos que for-

(11) Rojina Villegas Rafael. -Ob.-Cit.-Pág. 209.

man verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios del sistema total que constituye el derecho positivo. Para agrupar a las normas Ihering lo hace en razón de su contenido teleológico, es decir, buscando que tengan la misma finalidad. Al respecto Kelsen ha formulado su teoría jurídica respecto al encadenamiento de las normas y lo hace por medio de su famosa pirámide jurídica, en la que distingue varias estructuras dentro del ámbito general del derecho, tomando en cuenta la supraordenación y subordinación que existe entre las normas. Es decir, primeramente la norma fundamental las normas ordinarias o leyes, los reglamentos y las normas individualizadas.

En la teoría de Ihering la institución jurídica debe quedar integrada por un conjunto de normas que persigan la misma finalidad, por consiguiente la unidad se alcanza desde el punto de vista funcional, entre preceptos de igual naturaleza que se combinan entre sí para lograr un conjunto o relaciones jurídicas. Aquí no encontramos una diferenciación de normas, sino que los que constituyen la institución son de igual rango.

El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, el establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear su estado permanente de vida que será la fuente de

una gran variedad de relaciones jurídicas.

Asimismo, en el estudio del matrimonio como una institución podemos estudiar las ideas de Hauriou, quien su teoría de la Institución es famosa y que se pueda aplicar a nuestro estudio sobre el matrimonio. Para Hauriou, la institución es una "idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos. (12)

A continuación trataremos de aplicar el concepto anterior al matrimonio, precisando los siguientes elementos:

a). - El matrimonio es una idea de obra que se realiza y tiene permanencia jurídica dentro de un medio social determinado.

b). - Por virtud del matrimonio se organiza un poder que requiere órganos como son los consortes o uno de ellos, según se estableció en la regulación romana del pater familias.

c). - Los miembros de una Institución matrimonial persiguen finalidades comunes, para cuyo efecto se establecen actividades recíprocas.

(12) Rojina Villegas Rafael. -Ob. -Cit. -Pág. 211.

d). - Tanto la idea de obra como la de organización, su finalidad y las relaciones entre los consortes se encuentran reguladas por un procedimiento determinado.

Las ideas antes formuladas de Hauriou son de gran importancia, toda vez que él abarca no sólo al matrimonio como un acto realizado por los cónyuges, sino como una institución que hace y que tiene su desenvolvimiento a través de la vida de los cónyuges, abarcando la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, los órganos, los procedimientos de la institución misma.

2. EL MATRIMONIO COMO UN ACTO JURIDICO CONDICION

Al notable maestro León Duguit le corresponde el acierto de haber creado la teoría del acto jurídico condición. Distingue el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición en su Tratado de Derecho Constitucional. Nos dice que el acto jurídico condición es el acto que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. En el Derecho Público los actos condición permiten aplicar diversos estatutos de derecho administrativo a los distintos funcionarios por el sólo hecho de la aceptación y protesta de su cargo. En el Derecho Privado tenemos también situacio-

nes semejantes en el matrimonio y en la tutela.

De acuerdo con lo expuesto podemos encontrar en la deni-
ción del matrimonio todos los elementos que caracterizan el acto con-
dición ya que implican una manifestación plurilateral de voluntades --
(la de los contrayentes unida a la declaración que hace el Oficial del
Registro Civil, que tiene por objeto crear un estado permanente de vi-
da entre los cónyuges para originar derechos y obligaciones recíprocas,
así como relaciones permanentes que no se agotan por el cumplimiento
de las mismas, sino que se siguen renovando de manera indefinida.

3. EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO

En el derecho se distinguen tres tipos de actos, los jurídicos
privados, los jurídicos públicos y los jurídicos mixtos. Los primeros
de ellos se realizan por la intervención directa de los particulares, los
segundos por la intervención de los organos estatales y los terceros por
la concurrencia tanto de particulares, como de funcionarios públicos en
el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.
El matrimonio se encuentra dentro del último grupo ya que intervienen
por una parte los consortes y por la otra el Oficial del Registro Civil,
aquí este funcionario desempeña un papel constitutivo, ya que una de -
las formalidades en la celebración del matrimonio.

4. EL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO ORDINARIO

La concepción del matrimonio contrato frente a la del matrimonio sacramento, aparece tan pronto como el Estado se siente fuerte ante la Iglesia y celoso de su soberanía e independencia. Esta tesis tradicional ha sido considerada tanto por el derecho positivo, como en la doctrina, y aquí se le ha considerado toda vez que el matrimonio como un contrato tiene todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico.

Respecto a este tema se han planteado diferentes criterios en favor y en contra del punto respecto a considerar el matrimonio como un contrato.

Fernando Fueyo Laneri, citado por Rafael Rojina Villegas, nos dice: "Nuestro Código atiende a la doctrina tradicional, el cual entiende ni más ni menos que el matrimonio es un contrato. Se llega a tal conclusión atendándose a su formación, principalmente por la voluntad de los contrayentes y por sus trazos jurídicos más salientes, que corresponden a la figura de un contrato. Reafirman esta concepción liberal, quienes ven la necesidad de la Intervención del Estado con la unión matrimonial, cuya competencia en esta materia, tiene carácter de exclusiva a juicio de esta tendencia". (13)

(13) Citado por Rafael Rojina Villegas. -Ob. -Cit. -Pág. 214.

Planiol explica lo siguiente: "Carácter contractual del matrimonio. La idea de que el matrimonio es un contrato es rechazada por numerosas personas. Por lo general se debe a una preocupación religiosa, porque en la doctrina canónica la institución del matrimonio sacramento ha absorbido al contrato. Pero la ley que estatuye para un pueblo que practica religiones diferentes y comprenden al mismo tiempo a personas que no practican ninguna, no puede hacer suya una concepción religiosa. En otros autores el error se debe a una noción inexacta de la naturaleza de los contratos. Véase principalmente Beausiire (Principes du Droit págs. 212-213) para quien los contratos son actos esencialmente arbitrarios en todas sus partes, no habiendo ninguno respecto al que algunos de sus elementos, condiciones o efectos sean impuestos por la naturaleza o la ley". (14)

Planiol y Ripert reconocen que aún cuando el matrimonio es una institución, constituye un acto complejo y también tiene un carácter contractual. Sin embargo, admiten que en el matrimonio existe una naturaleza mixta. Al respecto señalan: "El matrimonio es una institución natural y de orden público y por eso se explica que sea obra del representante del Estado: el Oficial del Registro Civil no se conforma con autenticar el acuerdo de voluntad de los esposos, sino que celebra el

(14) Citado por Rafael Rojina Villegas. -Ob.-Cit.-Pág. 215.

matrimonio por medio de una fórmula solemne. Por eso no se explica también que los esposos no pueden en modo alguno modificar los efectos del matrimonio, ni poner fin a él, por medio del "mutuus dissensus" y que la teoría de las nulidades del matrimonio se aparte de las nulidades del derecho común. Por eso se justifica finalmente la aplicación inmediata en materia matrimonial de las leyes nuevas a matrimonios ya celebrados mientras que los efectos de los contratos celebrados antes de regir determinada ley sean respetados en principio por ésta. Pero el matrimonio no deja de ser un contrato, al mismo tiempo que una institución. Si la doctrina del siglo XIX no ha puesto suficientemente en claro su carácter de institución, no hay que caer en una reacción exagerada, olvidando su carácter contractual. Eso sería ponerse en contradicción de las declaraciones más formales de los creadores del matrimonio civil bajo la Revolución y de los autores del mismo Código Civil. Sería además colocarse en la imposibilidad de darse cuenta de una serie de disposiciones de nuestra legislación. Cómo explicar si el matrimonio no es un contrato, el papel preponderante atribuido al consentimiento y que establece el artículo 146 en una fórmula lapidaria: no hay matrimonio cuando no hay consentimiento? Cómo explicar que por lo menos una parte de la teoría de los vicios del consentimiento se haya introducido en esta materia? Cómo explicar que en una Constitución de orden público, no sean todas nulidades absolutas?

"La única concepción que responde a la realidad de los casos es la concepción mixta: el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución, del mismo modo que, el nuestro será considerado por nuestros antiguos autores como un contrato y un sacramento a la vez". (15)

En contra de las opiniones que señalan que el matrimonio es un contrato tenemos la opinión de los ilustres: Ruggiero, Bonaccase y Clemente de Diego.

Expresa Ruggiero "Naturaleza Jurídica del Matrimonio. Cuáles son propiamente el concepto y la naturaleza jurídica del matrimonio? La concepción contractualista introducida y profesada durante un tiempo por los canonistas, es la que prevaleció entre los civilistas franceses e italianos. Ciertamente que los demás se apresuran a añadir que el matrimonio ofrece caracteres peculiares y notas características, pero siempre es la idea del contrato la dominante porque según los partidarios de esta teoría, es el acuerdo de los esposos lo que crea el vínculo ya que como los demás contratos, el acuerdo se produce para regular una relación jurídica, las normas que exigen autorizaciones especiales, intervención de funcionarios públicos y determinadas solemnidades o las que restringen la libertad de los contrayentes o prohíbe el

(15) Citados por Rafael Rojina Villegas. -Ob. -Cit. - Pág. 215 y 216.

establecimiento de términos o condiciones que niegan eficacia al disenso mutuo o que en general una regulación convencional de la relación, son consecuencias de la naturaleza especial de la convención y no destruyen sin embargo, la esencia contractual de la misma".

"Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se de en aquél un acuerdo de voluntades para afirmar sin más, que sea un contrato ni es cierto - tampoco que todo negocio bilateral sea contrato aunque los contratos - constituyen la categoría más amplia de esos negocios. Nada se gana - con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia contractual. Precisamente las normas que no sólo limitan sino que aniquilan toda autonomía de voluntad demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes: estas no pueden en el matrimonio estipular condiciones y términos, ni adicionar condiciones, cláusulas o modalidades, ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales y aún - cuando en tal caso está muy limitada. Opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella, es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio no hay contrato que no pueda resolverse

si las partes no quieren que el vínculo subsista", (16)

Al respecto el ilustre maestro francés Bonnacase en su obra: "La filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de familia" (17) ha sostenido: que totalmente falsa la tesis contractual. Al efecto hace un estudio de la naturaleza del matrimonio desde todos los puntos de vista en que sería posible considerarlo, para condenar sin mabajes la teoría contractual y adherirse a la tesis institucional del matrimonio. Desde luego rechaza el punto de vista de Planiol de que el legislador francés haya procedido con un espíritu de moderación y cordura en la regulación jurídica de la familia y en cuanto a la concepción del matrimonio como un contrato, reconoce que los trabajos preparatorios del Código de Napoleón, los redactores del mismo a pesar de todos sus esfuerzos no pudieron sustraerse a las ideas del matrimonio contrato. Especialmente influyó la obra de Rosseau "El Contrato Social", así como las ideas de Pothier que se adhiere a la tesis de Rosseau, este último nos dice: "El matrimonio es el más excelente y antiguo de todos los contratos. Aún considerándolo únicamente en el orden civil, es el más excelente porque la sociedad civil, está más interesada en él.

Es el más antiguo porque fue el primer contrato que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo formado a Eva de una

(16) Rafael Rojina Villegas. -Ob. -Cit. -Pág. 215, 216 y 217.

(17) Idem

de las costillas de Adán y que las hubo presentado a éste, nuestros dos primeros padres celebraron un contrato de matrimonio. Adán tomó a Eva por esposa... Eva tomó recíprocamente a Adán por su esposo". (Cita de Bonnecase en la obra de Rafael Rojina Villegas Ob. Cit. Pág. 218).

Los redactores del Código Civil de Napoleón aceptaron la idea de tomar al matrimonio como un contrato y en concepto de Bonnecase no aplicaron en su totalidad la teoría establecida al respecto de la tesis contractual y considera que no cumple con la regla que lo caracterizan como un contrato, ni menos existe la autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus efectos y disolución.

Asimismo, considera que el Juez del Registro Civil al avalar el acto, es decir, al recibir la declaración unilateral de cada uno de los cónyuges y declararlos en nombre de la ley unidos en matrimonio, viene a constituir el matrimonio, a diferencia de lo establecido en el Derecho Canónico pues el sacerdote no administra el sacramento del matrimonio sino que únicamente se concreta a dar su bendición nupcial y es un simple testigo calificado. Bonnecase sigue la idea de Planiol respecto a señalar como la función del Oficial del Registro Civil como constitutiva. La función de los vicios de la voluntad es distinta en el matrimonio respecto de los contratos en general, al igual que la capacidad de los contrayentes. En algunos aspectos el consentimiento está menos protegido

do que en los contratos y en otro se encuentra rodeado de mayores seguridades. Por esto señala Bonnacase: "En resumen no es exagerado afirmar que desde el punto de vista de su formación el matrimonio nada tiene de común con el contrato. La misma observación ha de hacerse en lo que se refiere a su objeto. El matrimonio no tiende a apropiarse de las riquezas ni del aprovechamiento de los servicios susceptibles de valorización pecuniaria". (18)

En cuanto a los efectos del matrimonio Bonnacase señala que existe una gran diferencia si igualmente se le compara con los contratos, en efecto los contrayentes no pueden estipular derechos y obligaciones distintas a las que la ley señala; así como la disolución del matrimonio no es igual ya que los contratos en cualquier momento puedan concluir por el consentimiento de las partes y en el matrimonio no depende de la voluntad de los consortes para disolverlo.

Para Bonnacase el matrimonio es una institución y juzga que los comentaristas del Código de Napoleón cometieron un gran error al juzgar sobre la naturaleza del matrimonio.

Otro autor que ha objetado la tesis contractual del matrimonio es Clemente de Diego y explica que el matrimonio no es un contrato porque en su fondo no tiene sino la fórmula de un contrato, dada por la

(18) Citado por Rafael Rojina Villegas, -Ob. -Cit. -Pág. 219.

expresión del consentimiento. La razón, agrega el ilustre maestro español es muy sencilla: todo contrato necesita tres elementos o requisitos esenciales para su existencia que son objeto causa y consentimiento y señala que en el matrimonio faltan los dos primeros. En efecto: falta el objeto en el contrato es una prestación que recae sobre cosas materiales o servicios pero nunca sobre las personas, y en el matrimonio tiene lugar la entrega de una persona a otra y ésta a aquélla en toda su integridad: falta la causa, porque ésta en los contratos es la liberalidad y el interés y en el matrimonio no puede admitirse que en el terreno de los principios haya otro interés que el amor". (19)

El criterio de Clemente de Diego nos parece acertado desde el punto de vista del Derecho Civil Mexicano, ya que el artículo 1794 del Código Civil, señala como requisitos del contrato el consentimiento y el objeto, y al concepto del matrimonio de acuerdo a la tesis contractual le faltaría el objeto.

Esteban Calva, civilista mexicano del siglo pasado, considera al matrimonio no como un simple contrato, sino el contrato más antiguo que existe entre los hombres, pues siendo la causa de la familia, su existencia debe remontarse hasta el origen de la humanidad". (20)

(19) Citado por Rafael de Pina, "Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen Primero, Editorial Porrúa, S. A. México, 1956. Pág. 317
(20) Citado por Rafael de Pina, -Ob. Cit. -Pág. 318.

Por su parte el maestro mexicano Rafael Rojina Villegas nos dice que debe desecharse totalmente la tesis contractual sobre el matrimonio, tomando en cuenta las ideas del maestro francés Bonnecase y considera al matrimonio como un acto jurídico mixto en el cual participa en forma constitutiva el Juez del Registro Civil. Comentando la posición del legislador respecto a esta teoría escribe lo siguiente: -

"Aún cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917 tanto en nuestra Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y después el Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico, que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por esto en el artículo 13o. de la Constitución de 1917, se afirma que el matrimonio, como un contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano al opinar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y los impedimentos para este acto. Así se explica que el artículo 147 del Código Vigente prohíba toda estipulación contraria a los fines del matrimonio,

es decir, a la perpetuación de la especie y a la ayuda recíproca que se impone a los con sortes. Por la misma razón el artículo 182 declara: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio". De estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina, el sistema contractual. Es decir, no sólo no pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos condiciones o modalidades que afecten este régimen - que se considera de interés público. En este sentido es de aplicación estricta el artículo 60. del propio Código, conforme al cual la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. El mismo precepto permite que se renuncien de rechos privados que no afecten directamente al interés público y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, si afectaría gravemente al interés público".(21)

5. EL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO DE ADHESION

Como una especie de la tesis contractual, encontramos la - que ha sostenido que el matrimonio participa en las características de los contratos de adhesión, ya que considera que los cónyuges no pueden

(21) Rojina Villegas Rafael. -Ob. -Cit. -Pág. 220.

estipular derechos y obligaciones distintos a los que la ley señala. La misma situación se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte únicamente tiene que aceptar los términos de la oferta de la otra sin posibilidad alguna para poder variar los términos de la misma.

Tenemos el ejemplo de algunos contratos como el de transporte o el de suministro de energía eléctrica, en los cuales el Estado reglamenta determinadas cláusulas o elementos de ciertos contratos de prestación de servicios públicos, en los cuales los particulares ya no son libres para poder determinar el contenido de dichas cláusulas.

En el caso del matrimonio se considera que por causas de interés público el Estado impone un régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes únicamente se adhieren a este contrato o estatuto, funcionando su voluntad, sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo por lo tanto a sujetos determinados. De los contratos de adhesión se ha mencionado que en realidad prevalece la voluntad de una de las partes sobre la otra o bien la voluntad del Estado que a través de ciertos reglamentos determina algunas cláusulas o elementos de los contratos de servicios públicos. Respecto al matrimonio no se puede sostener que la voluntad de una parte, sobre la otra, sino que la voluntad del Estado expresada en la ley que se impone de tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal.

La tesis anterior aunque explica la gran importancia del Estado que se traduce por medio de la ley, no habla de la gran importancia del Oficial del Registro Civil, que desempeña un papel esencial y constitutivo para la existencia del matrimonio.

6. EL MATRIMONIO COMO UN ESTADO JURIDICO

En este punto veremos que el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

"Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y los actos jurídicos en virtud, de que producen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida. En este sentido el matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los cónyuges, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo de todas y cada una de las situaciones que van presentando durante la vida matrimonial". (22)

(22) Rojina Villegas Rafael. -Ob. Cít. -Pág. 223.

Vemos que el matrimonio es un estado de derecho en oposición a los estados de hecho. La ley puede reglamentar estados permanentes, tomando en cuenta situaciones naturales, por ejemplo las servidumbres por el desnivel de los predios, o por el subsuelo mineral para originar la propiedad del Estado, así también puede referirse a situaciones humanas que implican derechos y obligaciones de un acto jurídico que constituyen verdaderos estados de derecho. Al respecto existe todo un verdadero estudio sobre los hechos y actos jurídicos, así como la tesis que señala la diferencia de los estados, de hecho que nacen de hechos jurídicos y los estados de derecho que nacen de los actos jurídicos.

Rojina Villegas también señala que podemos distinguir los estados naturales y los estados del hombre, los primeros son los que se realizan sin intervención del hombre pero que el derecho da determinadas consecuencias como es la propiedad del Estado sobre el subsuelo, las servidumbres, etc. Los señalados en segundo término son las relacionadas con el hombre y las que la ley regula como son el matrimonio.

El matrimonio en particular, se caracteriza como un estado de derecho, en oposición a los estados de hecho como son el concubinato, es importante mencionar que ambas figuras producen consecuencias jurídicas, aunque el matrimonio ya de una manera especialmente deter

minada desde su inicio, hasta su disolución como es el divorcio y no así el concubinato.

Siguiendo el criterio del matrimonio como un estado jurídico, vemos que el estado matrimonial tiene una gran influencia respecto a la vigencia del matrimonio, en sus efectos, en su disolución, pues aún cuando su inicio es un acto jurídico, éste se perfecciona a través de una vida en común, el cual sin el estado matrimonial no puede cumplirse el deber de convivencia que existe entre los esposos. Por consiguiente - faltando ese estado puede darse el caso de disolución en los términos - de las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil, las cuales señalan como causas de divorcio: VIII. - La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada. -IX. - La separación del hogar conyugal, por una causa que sea bastante para pedir el divorcio si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio. Se reconoce también el estado matrimonial en los términos de los artículos 162 y 163: Los cónyuges están - obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente". La mujer debe vivir al lado del marido, los tribunales con conocimiento de causa eximirán a la mujer de esta - obligación, cuando el marido traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio de la patria o cuando se establezca en un lugar insalubre e indecoroso". El anterior precepto fue reformado

el 9 de enero de 1954 según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, en los siguientes términos: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los tribunales con conocimiento 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 de su patria o cuando se establezca en un lugar insalubre e indecoroso".

Asimismo, el artículo 182 señala: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio". Por lo tanto todo convenio, en el cual se pacte que los consortes no realizarán vida en común, pues entraña una obligación contraria a los fines del matrimonio. Además cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta de acuerdo al artículo 167 del Código Civil.

De las ideas antes expuestas se desprende, que el matrimonio no se agota con el simple acto jurídico de contraer matrimonio, sino que es todo un número de consecuencias legales y de hecho, que vienen a darnos un estado que va a encaminar la vida de los esposos, con sus hijos, con su vida y que dependiendo de ese estado matrimonial van a dar origen a derechos y obligaciones para los contrayentes entre sí.

7. EL MATRIMONIO COMO UN ACTO DE PODER ESTATAL

Esta tesis de gran importancia sustentada por el brillante maestro Antonio Cicu, atacando la concepción de que el matrimonio es un contrato, y en la cual afirma: "Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del Oficial del Registro Civil. Indudable también es que tal intervención no tiene exclusivamente finalidad de declaración pública de la relación. Se podrá después de eso considerar que la misma constituye una mera formalidad; que por ejemplo, a falta de la celebración, el matrimonio sea nulo como nula es la donación no hecha en acto público, de la cual no puede dudarse que sea la voluntad de las partes la constitutiva de la relación". (23)

Esta tesis es igualmente sostenida por el maestro Rafael Rojina Villegas el cual llega a la siguiente conclusión: "Nosotros deducimos que esto que la ley no considera al matrimonio como un contrato - tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento; éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio". (24)

En lo personal considero que tiene gran importancia esta tesis, pero con el inconveniente de que se pretende dar una mayor validez

(23) Rojina Villegas Rafael. -Ob.Cit. -Pág. 226, 227.

(24) Idem

a la declaración del matrimonio por parte del Oficial del Registro Civil, olvidando que para dicho pronunciamiento, se requiere previamente la declaración de voluntad de los contrayentes. El Estado no puede imponer, por un acto unilateral soberano, los deberes ni hacer nacer entre los cónyuges, las obligaciones propias de los consortes.

De la lectura de las diversas posiciones doctrinales respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio podemos concluir que el matrimonio debe ser considerado como un estado permanente de vida de los cónyuges, que se compone de un complejo de deberes y facultades derechos y obligaciones, en vista y para protección de los interesados superiores de la familia, como son la protección de los hijos la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges. En la consideración del matrimonio como un estado jurídico encontramos la importancia de la tesis mencionada por Bonnacase, el cual lo considera como una Institución, la cual está formada por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las direcciones que le imprime el derecho. En efecto, el derecho es el elemento que colabora y coordina los intereses del matrimonio y que viene a dar solidez y permanencia a la unión de los consortes.

CAPITULO III

ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

Para determinar los elementos esenciales y de validez del matrimonio, se debe aplicar la doctrina general del acto jurídico, y que el mismo Código Civil señala como aplicables a los contratos y demás actos jurídicos.

Al respecto el Código Civil en su artículo 2254, relacionado con el artículo 1794, nos señala como elementos esenciales de un acto jurídico: a). - La manifestación de voluntad,

b). - Existencia de un objeto física y jurídicamente posible,

Asimismo, en sus artículos 1795, 1798, 1812 a 1834, 2225 a 2231 señala como elementos de validez de todo acto jurídico los siguientes:

a). - Capacidad,

b). - Ausencia de vicios del consentimiento,

c). - Licitud en objeto, fin o condición del acto,

d). - Forma en los casos que la ley señale.

Raúl Ortíz Urquidí, al señalar los elementos esenciales del negocio jurídico, ubica al matrimonio en el cuarto elemento que menciona, que viene a ser la forma antes señalada y dice: "Hay por último un postrer elemento esencial, la solemnidad que por cierto no es común,

como los tres anteriores a todos los negocios jurídicos, sino que es propio de aquellos para los que la ley expresamente requiere dicha solemnidad; bajo el concepto de que si el artículo 1794 del Código Civil, citado en el proemio de este apartado no registra este elemento, es por la sencilla razón de que no habiendo en el derecho mexicano, por lo menos en la rama patrimonial contratos solemnes como el matrimonio, que es solemne entre nosotros los mexicanos en todo contrato patrimonial, no tenía dicho artículo 1794 por que considerar y por ello enumerar a la solemnidad, como tal elemento esencial; pero sin que de ninguna manera quiera esto decir que no haya negocios en que la solemnidad sea elemento de esencia, de existencia, ya que nunca saldrá sobrando insistir en que el repetido precepto 1794 relacionado con el básico 1859, no la excluye de todo negocio, sino sólo de aquellos del propio artículo 1794 exclusivamente se refiere: los contratos patrimoniales, o por mejor decir de contenido patrimonial". (25)

I. ELEMENTOS ESENCIALES DEL MATRIMONIO

Son elementos esenciales del matrimonio: la manifestación de la voluntad de los consortes y del Oficial del Registro Civil, así como la existencia del objeto específico de la institución que de acuerdo por lo dispuesto en la ley misma, consiste en crear derechos y obligaciones -

(25) Ortíz Urquidí Raúl. -Derecho Civil.-Editorial Porrúa, S.A. México, 1978.

entre un hombre y una mujer, tales como soh la vida marital en común, ayudarse mutuamente, guardarse fidelidad, etc. y el tercer elemento es el reconocimiento que hace la ley del acto jurídico.

Respecto a los elementos de validez en el matrimonio al igual que los demás actos jurídicos se requiere: la capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, la observancia de las formalidades legales y licitud en el objeto, fin y condición del acto.

CUADRO DE REQUISITOS DE MATRIMONIO:

Diferencia de sexo y unidad de personas.

De existencia consentimiento (affectio maritalis)

Celebración: presencia del Oficial del Registro Civil.

error.

Consentimiento libre y espontáneo fuera.

rapto.

De validez capacidad de las partes: Impedimentos Absolutos.

Dirimenes Relativos.

anteriores.

Formalidades coetáneas.

posteriores.

(Cuadro de Fernando Fueyo Laneri. TVI Derecho de Familia

V. I. pág. 92. Citado por Rafael Rojina Villegas, Ob. Cit. Pág. 232)

DEFINICION DE ELEMENTOS ESENCIALES

Son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir

pues faltaría al mismo un elemento de definición.

1. LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD

En el matrimonio existe propiamente las manifestaciones de voluntad: la de la mujer, del hombre y del Oficial del Registro Civil. Las dos primeras deben coincidir entre sí, es decir, el hecho de contraer matrimonio, para así el Oficial del Registro Civil, exteriorice a su vez la voluntad del Estado al declararlos legalmente unidos en dicho matrimonio.

CONSENTIMIENTO. - Es definido por el Código canónico, -- como el acto de voluntad de cada parte transmite y acepta un "ius in corpus" perpetuo y exclusivo en orden a los actos adecuados a la generación de la prole (canon 1081). El consentimiento se ha de expresar por palabras, no pudiéndose equiparar a ellas los signos, si aquellas pudieran ser empleadas (canon 1088). Puede prestarse el consentimiento por medio de intérprete, habiendo justa causa y obteniendo licencia del ordinario, si hay tiempo para ello (canon 1091). El poder ha de ser especial para contraer con persona cierta y determinada y suscrito - por el mandante, y además por el párroco, ordinario, sacerdote, delegado o a lo menos por dos testigos. Es nulo el matrimonio contraído por poder sin antes de contraerse matrimonio, hubiese sido revocado el mandato o caído en demencia el mandante (canon 1089)" (26)

(26) Rojina Villegas Rafael. -Ob.Cit. -Pág. 234.

De acuerdo a lo anterior el artículo 102 dispone que el Oficial del Registro Civil, interrogará a los pretendientes, si es su voluntad unirse en matrimonio y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad. Considerando lo anteriormente señalado, vemos que de acuerdo al artículo 1794, en relación con el 2224, que el consentimiento es un elemento de existencia en el matrimonio.

Asimismo, es importante la declaratoria que debe hacer el Oficial del Registro Civil, ya que de no hacerlo será causa de inexistencia. Es decir, si del acta matrimonial resulta probada plenamente la falta de ese elemento esencial, deberá tenerse como inexistente el matrimonio. También puede justificarse plenamente por otros medios de prueba, la falta de consentimiento en los contrayentes o del Oficial del Registro Civil, para que se reconozca la inexistencia.

Al respecto Jemolo en su famosa obra "El Matrimonio" señala: "Los casos pues en que consideramos que no hay consentimiento, son, además de los casos de incapacidad natural de ordinario transitoria (embriaguez, hipnosis, intoxicación, enfermedad mental temporal), previstos en el artículo 120, un caso de incapacidad de hecho derivada de la ignorancia de lo que es el instinto matrimonial (no de lo que pueda ser el régimen legal, sino de lo que es en su materialidad) y alguno otro caso raro en que la manifestación del consentimiento sea una base, un momento incluido en otra serie de hechos que tengan su propia conexión

lógica y su propia unidad (apuesta, burla, fraude) estamos en cambio de acuerdo con la opinión dominante de reconocer que no hay defecto de consentimiento en la hipótesis -muy conocida en la doctrina de la jurisprudencia canónica- de quien contrae matrimonio negando interiormente que quiere contraerlo o mejor, puesto que nadie puede descender la interioridad habiendo declarado a tiempo que falta una correspondencia entre su voluntad y los actos que va a proceder. En esa declaración -aislada que no encaja en otro procedimiento lógico con finalidad propia, no se puede contemplar una prueba de falta de voluntad: la cuestión para nosotros no es cuestión de distinción teórica cuanto de hecho. Mientras en el que procede a la apuesta, al juego, al embrollo fraudulento, hay una real falta de voluntad, éste que hace la aislada declaración de no querer o es un enfermo mental, entonces la cuestión se plantea bajo un aspecto totalmente diferente, o es una persona que está bajo una amenaza o un temor de ordinario "ab extrinseco", y a veces "ab intrinseco" y quiere procurarse la prueba de la amenaza o del temor que lo domina (y pese a cualquier expresión empleada por él, habrá que repetir --- (COACTUS VOLUIT SED TAMEN VOLUIT" lo quiso forzado pero lo --- quiso) salvo el ver si ocurren los extremos para la aplicabilidad del artículo 1220, o es simplemente una persona que quiere dejarse en medio un camino para la anulación, para el caso del matrimonio no tenga éxito favorable. Si se mira al fondo de las cosas, no hay caso que no pue-

da entrar en una de esas hipótesis", (27)

Así podemos afirmar que las manifestaciones de voluntad forman consentimiento por existir el mismo contenido y finalidad de cada uno de ellas, en cambio la del Oficial del Registro Civil tiene su contenido y fin distinto. Este simplemente exterioriza la Voluntad del Estado para considerar a los contrayentes unidos en nombre de la ley y de la sociedad. Por lo que podemos hablar que exista un consentimiento entre los consortes y el Oficial del Registro Civil, pero si cabe hablar de la concurrencia de tres voluntades sin las cuales el acto jurídico sea inexistente.

2. OBJETO POSIBLE COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL MATRIMONIO.

Como ya se manifestó en apartados anteriores, todo acto jurídico requiere de la existencia de un objeto jurídicamente y físicamente posible, ya que de no haberlo se produce la inexistencia del acto. Así el matrimonio como cualquier acto jurídico, distingue entre un objeto directo e indirecto. El objeto directo de un acto jurídico es la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones.

El objeto indirecto, sólo existe en aquellos actos jurídicos en los cuales los derechos y obligaciones tienen relación con los bienes.

(27) Citado por Rafael Rojina Villegas. -Ob. Cit. -Pág. 234 y 235.

pues serán precisamente tales bienes los que vengán a constituir el objeto indirecto.

Considerando lo anterior, tendremos un objeto directo del matrimonio el cual consiste en la creación de derechos y obligaciones derivados de la patria potestad y filiación en general.

INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO POR OBJETO JURIDICAMENTE IMPOSIBLE.

Para la existencia de todo acto jurídico, es necesario que este tenga un objeto físico y jurídicamente posible, como ya se manifestó, así uno de los temas más debatidos en la actualidad es sobre la identidad sexual de los contrayentes en el matrimonio. Continuamente en crónicas periodísticas, nos encontramos con noticias sobre gentes del mismo sexo que contraen matrimonio.

Esa falta de identidad en nuestro derecho hace imposible la existencia jurídica del matrimonio, aunque en los textos legales no existe un precepto que lo diga expresamente, pero atendiendo a lo ya estudiado respecto del objeto del matrimonio, podemos apuntar que en nuestro derecho el matrimonio contraído con personas del mismo es un matrimonio inexistente. Es decir, no puede producir ninguna consecuencia de derecho. Además no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción y su existencia puede invocarse por cualquier interés

sado.

3. RECONOCIMIENTO DE LA NORMA A LA MANIFESTACION DE VOLUNTAD CONTENIDA EN EL ACTO JURIDICO.

Este tercer elemento esencial de todo acto jurídico, se funda en el reconocimiento que hace la ley del acto jurídico celebrado. En el artículo 147 del Código Civil se prohíbe expresamente cualquier condición contraria a la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, previniéndose que la misma se tendrá como no puesta. Asimismo, dicha prevención puede concebirse como nulidad y señala el artículo 182 del ordenamiento citado: "Son nulos los pactos que los esposos hicieron contra las leyes o los naturales fines del matrimonio".

En el matrimonio el reconocimiento de la norma se da cuando los pretendientes expresan su voluntad de contraer matrimonio ante el Oficial del Registro Civil y la ley misma negará todo valor a cualquier estipulación contraria al objeto del matrimonio y el Oficial del Registro Civil no podrá asentar alguna estipulación de esta naturaleza.

II. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

Son aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia ocasiona la nulidad absoluta o relativa según disponga la ley.

1. CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES

Como primer elemento de validez del matrimonio tenemos la capacidad, para entrar a su estudio se hace necesario distinguir la capacidad de goce y de ejercicio para celebrar dicho acto.

Tienen capacidad de goce los que han llegado a la edad nubil o sea en nuestro derecho se señalan dieciséis años para el hombre y catorce para la mujer; los menores de dicha edad carecen de capacidad de goce para contraer matrimonio, pero tiene como excepciones las señaladas en el artículo 237 del Código Civil, que establece que dejará de ser causa de nulidad cuando haya hijos o cuando el menor haya llegado a los dieciocho años y ninguno de los cónyuges haya intentado la nulidad.

La capacidad de ejercicio impone la capacidad de goce, es decir ya tiene la edad nubil, que también haya cumplido dieciocho años para poder celebrar válidamente el matrimonio y además no tener ningún impedimento para contraer matrimonio de los que se encuentran establecidos en el artículo 156 del Código Civil en sus fracciones VIII y IX.

El matrimonio es uno de los actos en los cuales el menor de edad puede actuar sin la intervención de su representante, es decir sólo requiere de la autorización de los padres, abuelos o tutor para -

celebrar el acto.

Cuando se celebre el matrimonio por menores de edad, sin tener la edad requerida, el matrimonio se encuentra afectado de nulidad relativa y se encuentra reglamentado en términos de los artículos 238 a 240 del Código Civil.

Analizando el artículo 156 del Código Civil, encontramos - otras incapacidades reguladas en forma de impedimentos y que es objeto de estudio en capítulos posteriores, como son el parentesco por consanguinidad sin límite de grados en línea recta, el colateral entre hermanos y medios hermanos, el de afinidad en línea recta sin límite de grado y la existencia de un matrimonio subsistente con persona distinta con la que se pretende contraer matrimonio, los cuales posteriormente se comentarán.

El artículo 149 del Código Civil, nos habla de las personas que tiene que dar su consentimiento a los menores de dieciocho años y en él se señalan que tienen ese derecho, los padres, a falta de éstos los abuelos, los tutores y a falta de éstos, el Juez de Primera Instancia y si el Juez se negara, el interesado deberá concurrir ante el Tribunal Superior de Justicia en los términos del Código de Procedimientos Civiles.

2. AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Podemos señalar como vicios del consentimiento: el error, el miedo y la violencia, los cuales se encuentran reglamentados en los artículos 235 fracción I y 245 del Código Civil. Dichos numerales nos dicen que son causa de nulidad tanto el error de la persona con la cual se pretende contraer matrimonio, asimismo, el miedo y la violencia cuando incurran en las circunstancias que se enumeran en las tres fracciones del artículo 245 del Código Civil.

En capítulos posteriores se tratarán con la amplitud requerida, cada uno de los vicios antes señalados, especialmente cuando se traten los impedimentos y su nulidad y por esa razón nos concretamos a señalar el aspecto positivo del problema, es decir, cuando no existen vicios en la voluntad de los consortes.

Podemos afirmar que el consentimiento de los cónyuges debe manifestarse en el matrimonio de una manera cierta ante el Oficial del Registro Civil, y de esa manera evitar contraer matrimonio con distinta persona, aquí se establece el error respecto de la identidad de la persona. Asimismo, el consentimiento de los cónyuges debe manifestarse de una manera libre sin violencia alguna, ya que como se apuntó con anterioridad traería como consecuencia la nulidad del matrimonio celebrado.

3. LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO, FIN Y CONDICION DEL MATRIMONIO.

Al tratar el tema de los elementos esenciales del matrimonio, mencionamos el reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de voluntad contenida en el acto jurídico y en la cual mencionamos la nulidad de cualquier pacto que hicieren los cónyuges en contra de las leyes o naturales fines del matrimonio. Se ha mencionado la nulidad -- "su^ogeneris" existente al respecto al señalar que cuando se haya pactado algo ilícito en el fin o condición, el matrimonio será válido, pero son nulos los pactos que hayan celebrado en contra de sus fines, y en algunos casos dichas estipulaciones se tienen por no puestas.

Asimismo, el Código Civil establece la nulidad del matrimonio en los casos establecidos por los artículos 156 fracciones V, VI y VII, 243 y 244 y son los siguientes:

1. - Adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio con el que quede libre.
2. - Atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio.
3. - Rapto, cuando la mujer no sea restituida a lugar seguro donde libremente pueda manifestar su voluntad.

4. - Bigamia.

5. - Incesto.

En todos los casos anteriores, se nulifica por ilicitud en el acto mismo de su celebración. La nulidad señalada es absoluta y cualquier interesado la puede hacer valer.

4. LA FORMA COMO ELEMENTO DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

En este capítulo haremos un estudio relacionado entre las formalidades y solemnidades del matrimonio, señaladas por el artículo 102 y 103 del Código Civil.

Las solemnidades son esenciales para la celebración del matrimonio en tanto que las formalidades sólo se requieren para la validez del acto. Como se ha venido mencionando las solemnidades traen aparejada la inexistencia del acto y la falta de formalidades la nulidad del mismo.

Podemos señalar como solemnidades esenciales del matrimonio:

1. - Que se otorgue el acta matrimonial.
2. - Que se haga constar en ella la voluntad de los consortes con su declaración del Oficial del Registro Civil, de considerarlos casados en nombre de la ley y de la sociedad.

3. - Determinar el nombre y apellidos de los contrayentes.

Las formalidades serán todas las demás señaladas en los artículos 102 y 103 a saber:

1. - Lugar, día y hora del acta matrimonial.

2. - Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar del nacimiento de los contrayentes.

3. - Si son mayores o menores de edad.

4. - El consentimiento dado por la persona capacitada para tal efecto.

5. - Que no hubo impedimentos o que éste se dispensó.

6. - El régimen de capitulaciones matrimoniales de los contrayentes.

7. - Nombres, apellidos, edad, estado, ocupación y domicilio de los testigos y su declaración si son parientes de los consortes.

La falta de cumplimiento de las solemnidades esenciales al contraer matrimonio origina la inexistencia del acto, y la falta de formalidades origina la nulidad del acto respecto del cual fueron celebrados.

CAPITULO IV

LA IMPOTENCIA COMO IMPEDIMENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO

I. CONCEPTO DE IMPEDIMENTO

Para dar un concepto que llene los requisitos de definición de los impedimentos nos remitiremos a la dada por el maestro Jaime Ruíz de Santiago, que nos dice: "los impedimentos matrimoniales son obstáculos legales en razón de los cuales un matrimonio no puede ser celebrado válidamente o al menos lícitamente". (28)

Rafael de Piña señala: "la palabra impedimento significa en orden del matrimonio que se pretenda contraer, cualquier circunstancia que produzca prohibición de llevarlo a efecto". (29)

Consideramos que ambas definiciones son correctas, pues ambas consideran un obstáculo legal, en razón de los cuales un matrimonio no puede ser celebrado válidamente o al menos lícitamente.

A través del estudio del matrimonio podemos contemplar que los impedimentos nacieron con éste; en efecto, cuando una persona pretende contraer matrimonio deberá llenar una serie de exigencias sociales, es decir, cumplir con lo exigido por la ley.

(28) Jaime Ruíz de Santiago. -Revista Jurídica No. 9.- Julio de 1977. - Pág. 512.

(29) Rafael de Piña. -Ob.Cit.- Pág. 201.

Al respecto el maestro Antonio de Ibarrola nos dice: "A los límites naturales y originarios vinieron luego otros a unirse de carácter positivos, establecidos en el Antiguo Testamento, posteriormente con los Apóstoles y con Cristo. En tiempos antiguos en que todavía no existía el término técnico de impedimentos matrimoniales se utilizaban para expresar este concepto ciertas perifrases como: "No se permite contraer matrimonio y otros semejantes giros, que no se sabe si querían aludir a un matrimonio ilícito o nulo. Todavía Graciano, que servía de ellos, pero ya en Rolando (Alejandro III) y Bernardo de Pavia, encontramos la terminología muy importante aunque no muy afortunada, de impedimentos impediéntes y diriméntes del matrimonio. El nombre de "impedimentum matrimoni" que empieza a emplearse en el siglo - XII para designar la celebración del matrimonio, adquirió en seguida - carta de naturaleza en el lenguaje jurídico"(30) .

Es importante que los términos apuntados por el maestro Antonio de Ibarrola, se siguen usando en la actualidad en el Derecho Civil. (31)

II. CLASIFICACION DE LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

Se han hecho un sinnúmero de clasificaciones respecto de los impedimentos, por lo que nos concretaremos a estudiar, la clasifica--

(30) Antonio de Ibarrola, -Derecho de Familia. -Ed. Porrúa, S. A. México 1978. Pág. 156.

(31) Antonio de Ibarrola, -Ob. Cit. -Pág. 157.

ción hecha por el maestro Antonio de Ibarrola, por ser de gran importancia en el presente trabajo.

Pueden clasificarse los impedimentos conforme a varios cri-
terios:

a). - Atendiendo a sus efectos: impedientes y dirimentes.

"Los impedimentos impedientes, mientras existen impiden la celebración del matrimonio y lo dilatan hasta el momento de su celebración, pero sin afectar la validez de los matrimonios celebrados en contravención de ellos: impedimenta impedienta. Los otros no permiten que se produzca un matrimonio válido y obligan a disolverlo si ya se verificó: impedimentos dirimentes, "impedimenta dirimentia". Aún -- cuando el impedimento sólo exista de una parte y no afecte más que a uno de los contrayentes, determina la invalidez o nulidad del matrimonio proyectado. En el derecho Mexicano no se conocen impedimentos prohibitivos."

En efecto, los impedimentos dirimentes son aquellos que originan la nulidad del matrimonio, en tanto que los impedientes no afectan su validez, pero motivan diversas consecuencias. En nuestro Código Civil, los primeros son enumerados por el artículo 156 y los impedientes se mencionan en el artículo 264. Este último precepto señala: "Es ilícito, pero no nulo el matrimonio: I. Cuando se haya contraído estando

pendiente la decisión de un impedimento susceptible de dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158, y 289". A su vez se estatuyen prohibiciones en los artículos 158, 159 y 289, para contraer matrimonio, pero si estas son violadas, el matrimonio sólo se considerará ilícito, - pero no nulo.

b). - Impedimentos temporales e impedimentos perpetuos.

Atendiendo a la duración hay algunos impedimentos que se extinguen por sí mismos con el transcurso del tiempo: "impedimenta temporánea" como es el de la edad artículo 164. Nuestro Código conoce - también el proveniente de la adopción y manda: "El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción" (Artículo 157).

También establece (Art. 158) que: "La mujer no puede contraer matrimonio sino pasados trescientos días después de la disolución del anterior a menos que dentro del plazo diera luz a un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación".

Existe otro impedimento temporal establecido en nuestro -- Artículo 159: "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la

que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor". El artículo 160 señala: "Si el matrimonio se celebrare en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior, el Juez nombrará inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras obtiene la dispensa".

c). - Impedimentos dispensables y no dispensables

"Una vez que nuestro Código ha hecho la enumeración de los impedimentos en su artículo 156, incluye en su último párrafo, que establece con toda claridad que: "De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual".

En esta última parte de la clasificación, el maestro Antonio de Ibarrola hace la diferencia de impedimentos señalando como lo hace el Código, cuáles son los impedimentos dispensables y los no dispensables, se entenderán por exclusión de los antes señalados.

III. DEFINICION DE IMPOTENCIA

La primera definición que encontramos en el diccionario es la siguiente: "Que carece de potencia; falta de poder; incapacidad para

engendrar o concebir. (32)

Para G. Lombard Kelly, impotencia es: "El término de impotencia sólo se aplica a los hombres y al hombre que es incapaz de copularse en la forma normal, con erección e introducción, porque no logra obtener o conservar una erección satisfactoria o a consecuencia de alguna deformidad estructural, se le puede llamar impotente". (33)

El Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas nos dice: "Falta de poder o capacidad; especialmente incapacidad para ejercer el acto venéreo por defecto físico del pene o por falta de erección del mismo, con o sin pérdida del apetito sexual". (34)

Para Jaime Ruíz de Santiago impotencia es: "La incapacidad de una de las partes o ambas, para poner los actos que de suyo son aptos para engendrar la prole, o más brevemente la incapacidad fisiológica para practicar la cópula". (35)

Consideramos que la definición de impotencia más correcta, es la señalada por Lombard Kelly, ya que es el que precisa los elementos de la misma, y, además señala que la impotencia sólo puede darse

(32) Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española. -Tomo Primero. -Editorial Ramón Sopena, S. A. -Barcelona.

(33) Enciclopedia del Comportamiento Sexual, Ellis y Abarbanel. -Editorial Diana. -Pág. 540.

(34) Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, Tercera Edición Editorial Salvat, Editores, S. A. -Barcelona. -Pág. 649.

(35) Jaime Ruíz de Santiago. -Rev. -Jurídica. -Ob. -Cit. -Pág. 518.

en el hombre. Esto último es de gran importancia, toda vez que continuamente se habla de impotencia en la mujer, lo cual no puede ser factible, e inclusive lo anterior ha sido sostenido por la Suprema Corte de Justicia en jurisprudencia que posteriormente se pasará a estudiar.

IV. CLASES DE IMPOTENCIA Y SUS CAUSAS

Para clasificar la impotencia se han hecho dos clasificaciones: la primera de ellas la que considera a la impotencia orgánica, la impotencia funcional y la impotencia psicogénica; la segunda nos habla de la impotencia "coeundi" y la impotencia "generandi". Primeramente pasaremos al análisis de la primera clasificación siguiendo el estudio de G. Lombard Kelly (36).

"Impotencia Orgánica. -

"La impotencia orgánica se debe a algún defecto anatómico de los órganos de la reproducción, del cerebro o de la médula espinal. Un estado extremo de hipospadias puede producir una ausencia del pene como tal, representado por lo que parece una clítoris muy grande. La abertura urinaria externa (desde la vejiga) está por debajo de la base del falo y es necesario que el individuo se agache para orinar. En los casos hipospadias en que hay un pene de tamaño natural o incluso pequeño, un cirujano urólogo puede hacer un conducto artificial que vaya --

(36) Enciclopedia del Comportamiento Sexual. -Ob. -Cit. -Pág. 540.

hasta la punta del órgano, después de lo cual el paciente podrá estar de pie para orinar y también eyacular dentro de la vagina".

"Puede haber habido pérdida de los testículos por enfermedad o accidente. O pueden quedar inútiles a consecuencia de alguna enfermedad febril, como las paperas. Si esto sucede antes de que el individuo haya llegado a la madurez y a su total desenvolvimiento sexual, la regla es que quede impotente. (La pérdida de los testículos después de la vida adulta durante la cual se vivió una vida sexual plena, no causará impotencia durante muchos años)".

"La uretra pudo haber quedado tan menoscabada que no se pueda estirar lo suficiente para permitir la erección normal. La enfermedad del cerebro o la médula o un accidente pueden afectar de tal modo a los centros relacionados con la percepción o la erección que se produzca la impotencia. Se dice que el pene es raramente tan grande como para que no pueda penetrar en una vagina de tamaño natural, aunque hablan de casos de en que una enorme hipertrofia ha impedido el coito; las deformidades o la enfermedad del pene o las estructuras que hay en torno suyo (como el escroto en la hidrocele o elefantiasis) pueden imposibilitar la unión. Ninguno de tales estados constituye impotencia en sentido usual".

"La impotencia causada por mal formación o desproporción

anatómica puede curarse si la deformidad no es demasiado grande. Si la causa subyacente es una enfermedad, la curación puede hacer que se corrija la deficiencia".

Impotencia Funcional.

"Como su nombre lo indica, la impotencia funcional tiene por causa algún trastorno de las diversas funciones de los órganos de la generación. Puede ser un trastorno de orden nervioso, que afecta a centros de cerebro o de la médula espinal o entre en conflicto con los nervios o sus terminaciones; puede ser algo de naturaleza circulatoria o inflamatoria que produzca congestión o erosiones en las glándulas sexuales o en la uretra; o puede deberse a una actividad inferior a la normal de las glándulas hormonales viriles".

"El elemento tiempo es importante en el coito. Las etapas son realización de la libido (deseo sexual), erección, orgasmo y eyaculación. Como ya señalamos en otro lugar es el reflejo del orgasmo el que causa la emisión y no la eyaculación la causa del orgasmo. Una de las causas principales de la impotencia funcional es la extenuación, que puede afectar el sistema nervioso central y al periférico, así como a los órganos de la reproducción. Puede ocasionarle el exceso sexual, el "coitus interruptus" (salto antes de eyacular), la masturbación excesiva, la gonorrea, las caricias excitantes muy prolongadas a intervalos frecuentes sin coito y hasta la masturbación moderada. Debería -

quedar bien sentado que la unión sexual empieza con los besos y abrazos y continua con todas las fases de caricias lascivas. Debe continuarse normalmente hasta completar el coito, que es la fase final de la relación sexual. La congestión frecuente de los órganos sexuales y las glándulas con ellos relacionadas, sin orgasmos ni eyaculaciones que hagan papel de válvulas de seguridad, nunca debe esperarse que tenga efecto saludable, porque no lo tiene".

Impotencia Psicogénica.

"La impotencia psicogénica o inhibitoria la causan los efectos de los impulsos procedentes de los centros superiores (del córtex del cerebro o del encéfalo), en los inferiores (médula espinal) y por ellos en los nervios eréctiles y en los mismos órganos de la generación. Son diversas las emociones que dan origen a inhibiciones. El miedo es la más frecuente: miedo de ser descubierto, de causar embarazo, de coger una enfermedad venérea, de que la masturbación juvenil cause impotencia. El no gustar la pareja, la gran alegría por buenas noticias, la actitud refractaria de la mujer y otros muchos factores de trastorno pueden causar impotencia psicogénica temporal".

"Algunos hombres se perturban por no tener la debida erección o por la eyaculación prematura (antes de entrar) cuando intentan la cópula, 1) con una mujer por primera vez o a las primeras veces; 2) en condiciones adversas, como en un automóvil o cuando los pueden des

cubrir; 3) en 1) y 2). Tales hombres no son nada impotentes, lo que sucede es que se excitan sobremanera y necesitan acostumbrarse más a la pareja en perspectiva: tener un ambiente propicio o reposo mental para el acto, o las dos cosas a la vez. Algunos hombres sensibles fracasan tras vencer larga resistencia femenina o cuando notan que la mujer se los rinde, porque se trata de ellos, a pesar de sus escrúpulos morales o de otra índole. El haber esperado mucho, a menudo impide la feliz ejecución. Con la comprensión y simpatía y la total seguridad del deseo mutuo y la cooperación por parte de la compañera se vencerá esta impotencia psicológica temporal".

"Aquí podemos decir que en el tratamiento de todos los casos orgánicos y funcionales hay que dar con la causa y si es posible suprimirla". También se han recomendado los tratamientos eléctricos y el psicoanálisis. El cambio de ambiente puede resultar beneficioso.

Resulta interesante la clasificación antes anotada, toda vez que también señala las causas de las diversas clases de impotencia, lo cual nos ayudará a considerar a la impotencia que señala nuestra ley y que es causa de nulidad de matrimonio o en su caso puede constituirse como causa de divorcio.

La segunda clasificación hecha sobre la impotencia es la que considera la "impotencia coeundi" y la "impotencia generandi". Para

el estudio de esta clasificación estudiaremos a lo asentado por el maestro Francesco Messineo, al estudiar las causas de nulidad del matrimonio, y señala: "Es motivo de impugnación la impotencia para la cópula (la llamada impotencia coeundi), tanto si es absoluta (es decir, respecto de cualquiera), como si es relativa (esto es en relación solamente a la persona del otro cónyuge), cuando sea perpetua y anterior al matrimonio (artículo 123 primer apartado). Esta figura es de amplia comprensión lógica, e incluye tanto la falta del órgano necesario para el acoplamiento (impotencia denominada instrumental), como la imperfección del órgano, que se da cuando éste, aún existiendo no es idóneo para la función sexual, o coito (impotencia funcional: ejemplo del neuropático); esta segunda es, de ordinario, impotencia relativa. Quién es impotente para el acto sexual, a "fortiori" lo es para la generación .

Quedan excluidas la impotencia temporal y la sobreviniente en el matrimonio, es decir, que ni la una ni la otra son motivos válidos de impugnación. La acción de anulación puede ser propuesta tanto por el cónyuge impotente como por el otro, y no está sujeta a término de decadencia. La prueba de la impotencia se dará, por lo general y en definitiva, por el dictamen de un consultor técnico (médico-legista)".

"Diversa es la impotencia para engendrar (impotentia generandi); esta supone la existencia y perfección del órgano necesario para el acto sexual (coito) y además la idoneidad del mismo, de manera

que el acoplamiento sea posible y no exista "impotentia coeundi". Dicha impotencia consiste en el hecho de que por otras causas, o por defecto de un vicio del órgano diverso, especialmente en el caso de la mujer (útero, ovarios), no es posible la generación, o sea la fecundación o la reproducción, no obstante la posibilidad de acoplamiento. También esta segunda especie de impotencia es causa de impugnación pero está rodeada de restricciones particulares, en defensa del vínculo conyugal (favor matrimonii). La mayor dificultad para impugnar el matrimonio por impotencia "generandi", sobre la de los casos "coeundi" (prevista en el primer apartado del artículo 123), depende del hecho de que se considera en comparación con la imposibilidad de proceder al acto sexual menos grave la imposibilidad de engendrar hijos; de aquí el rigor de la ley. Es decir, que es necesario que falte el órgano necesario para la generación, aún existiendo el órgano para el acto sexual: si aquel existe, la impugnación no se admite. Además la correspondiente acción puede ser ejercitada, no por el cónyuge impotente, sino solamente por el otro (anulabilidad relativa) pero la misma queda excluida, si antes del matrimonio ha tenido conocimiento del defecto. Esa acción no puede ser propuesta transcurridos tres meses desde que el cónyuge interesado haya tenido conocimiento del defecto (término de decadencia)". (37)

(37) Francesco Messineo. Manual de Derecho Civil y Comercial. - Tomo III. - Ediciones Jurídicas Europa-América. - Buenos Aires. - 1954.

Messineo hace su clasificación tomando en cuenta tanto la cuestión física del varón (impotencia instrumental) y la impotencia por cuestiones psíquicas (impotencia funcional), aclarando que la impotencia no debe ser temporal ni sobrevenida, que ocurre especialmente en el caso de los ancianos.

Igualmente nos señala que es una nulidad relativa que se puede hacer valer por cualquiera de los cónyuges y que la mayor dificultad para impugnar un matrimonio es cuando se presenta la impotencia "generandi" o funcional, ya que en este caso el órgano sexual se presenta normalmente existiendo problemas de carácter psicológico.

V. LA IMPOTENCIA COMO IMPEDIMENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO EN EL DERECHO CANONICO.

Siguiendo lo estudiado en el presente trabajo, es conveniente examinar aunque de manera somera a la impotencia en el derecho canónico, en el cual también es considerada como impedimento dirimente para contraer matrimonio.

En efecto, en el derecho canónico, el matrimonio que se contraiga existiendo el impedimento de impotencia origina la nulidad del mismo, prohibiendo gravemente que se contraiga un matrimonio en esas condiciones.

El canon 1068 es el que nos habla de la impotencia como im-

pedimento para contraer matrimonio, el cual establece con toda claridad que el impedimento es la impotencia y no la esterilidad.

Es interesante lo afirmado por el profesor Jaime Ruíz de Santiago el cual señala en su interesante estudio: "Este es el más fundamental de todos los impedimentos en sentido estricto, no sólo por ser de derecho sino también por su configuración, se basa próxima e inmediatamente en la esencia y fin primario del matrimonio". Muchas son las consideraciones que este impedimento ha originado. Veamos las principales: ante todo se observa que es de derecho natural y todo contrato es nulo por derecho natural si no existe el objeto sobre el que versa o si es imposible la prestación de lo que se estipula. En el contrato matrimonial se da el derecho y se asume la obligación de una prestación: la cópula. Si ésta es imposible -por naturaleza- no puede adquirirse el derecho y la obligación de practicarla. Al faltar el objeto, falta un elemento esencial para la existencia del contrato matrimonial".

"El problema fuerte se suscita hoy en día en relación al objeto del contrato matrimonial. Pero en el Derecho canónico, la cuestión está claramente resuelta: el objeto del contrato matrimonial no es otro, sino la entrega mutua del derecho a practicar los actos conducentes a la generación, es decir, a la propagación de la especie mediante la procreación y educación de los hijos. Esta procreación no puede realizarse de manera legítima sino mediante la entrega del derecho que consti

tuye el objeto formal del contrato".

"Con ello se entiende que el resultado al c. 1013 que se refiere a los fines del matrimonio. Se dice la procreación de la especie y educación de los hijos es fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y la concupiscencia en su fin secundario. Ahora bien, el canon precisa que el fin del matrimonio es la procreación y educación de los hijos, - donde se requiere como ya se dijo, que los contrayentes entreguen mutuamente el derecho de realizar actos conducentes a propagar la especie y además que este fin se subordine a otros fines secundarios. Entre - esos fines secundarios se encuentra la ayuda mutua. Este fin sin embargo, puede ser primario en la intención del agente y eso es admisible en la medida que se respete lo que es primario en orden de la naturaleza" (38). Interesante la tesis sustentada por el profesor Jaime Ruíz de Santiago, pero considero que incurre en varias apreciaciones rigurosas en cuanto al objeto del matrimonio, al argumentar que no existe el objeto por no haber posibilidad de procrear la especie por parte de los cónyuges, pero como el mismo menciona, el objeto no sólo consiste en ello, sino que hay otros fines como son la ayuda mutua y cooperación de los cónyuges.

En la actualidad un matrimonio puede lograr un futuro feliz y

(38) Jaime Ruíz de Santiago. -Ob. -Cit. -Pág. 519.

duradero guiados por esa fidelidad, ayuda mutua, por lo que considero que el derecho canónico debe enmendar la situación planteada, ya que en esas condiciones sería imposible contraer matrimonio una pareja de ancianos, o gente que por su edad, se casan para tener en la vida un - compañero y no guiados por la cuestión sexual.

VI. LA IMPOTENCIA COMO OBSTACULO SUBSTANCIAL DEL MATRIMONIO.

En este capítulo trataremos la parte fundamental de nuestra tesis que es la impotencia como un obstáculo en el matrimonio, que requiere un examen de ella, tanto como causa de nulidad y como causa de divorcio.

En esta parte trataremos de comentar y estudiar ambos conceptos, considerados por nuestro Código Civil.

1. La Impotencia como Causa de Nulidad.

Al contraerse matrimonio existiendo alguno de los impedimentos para contraer matrimonio, encontramos que viene a darnos la acción de nulidad del matrimonio. La impotencia en el hombre es un impedimento que forma parte de las distintas enfermedades y vicios que constituyen un obstáculo para contraer matrimonio y que está reglamentado en la fracción VIII del artículo 156 del Código Civil.

Como ya se mencionó a lo largo de este estudio, la impotencia es clasificada dentro de los impedimentos dirimientes del matrimonio y consiste en la falta de capacidad en el varón, de la erección, penetración o eyaculación. Cabe mencionar que esta impotencia sólo se da en el hombre y no como equivocadamente algunos autores han considerado que igualmente se presenta en la mujer, que desde el punto de vista médico no existe siendo en estos casos la esterilidad o infertilidad.

El tema de la impotencia como obstáculo del matrimonio plantea diversas cuestiones, como impedimento dirimente y que ocasiona la nulidad del matrimonio, esta nulidad de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 246 del Código Civil, sólo puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio. La nulidad mencionada será una nulidad relativa, - ya que si no se ejercita dentro del plazo mencionado, quedará convalidada.

Es importante señalar que la impotencia es el único vicio y enfermedad que de no ser alegada, pueda hacerse valer como causa de divorcio, y posteriormente veremos que para alegarla como tal necesitamos que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

La impotencia es considerada por nuestro Código sin tomar en cuenta las diversas cuestiones que se originan con ésta, como son, que sea una impotencia incurable, que se llegue a probar, ya que como

antes se estudió, es muy difícil demostrarlo en un plazo tan reducido -- como lo señala la ley.

En efecto, la ley señala como plazo, sesenta días para hacer valer la impotencia como causa de nulidad del matrimonio, los cuales se computan desde el momento de celebrar matrimonio, es decir la -- mujer tendrá muy poco tiempo para percatarse de dicha situación, con vencer a su marido que consulte a un médico, el cual tendrá que hacer una serie de estudios para dar su opinión y considerar a la impotencia como incurable.

La mujer deberá tener la seguridad de que su marido padece impotencia incurable, ya que si demandara la nulidad de su matrimonio y no la probara en juicio, el cónyuge absuelto tendrá acción para deman dar el divorcio; el artículo 268 del Código Civil establece: "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado, o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo -- sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Du- rante esos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos".

Para demostrar la impotencia, se requiere el auxilio de un médico que haga una serie de estudios para tener plena seguridad y de acuerdo al plazo establecido en dicho término, es casi imposible hacer.

ya que si la mujer es engañada por el marido, aunado al problema de la mujer que le ocasiona romper con su marido por una situación tan anormal y con esos elementos decidirse a demandar el divorcio, los cuales considero que son motivo suficientes que nos obligan a la necesidad de reformar el Código Civil en su artículo 246 a efecto de que se amplíe el plazo, para hacer valer la impotencia como causa de nulidad, el cual considero debería de ser de seis meses, contados desde la celebración del matrimonio y que es el tiempo concedido por la ley para hacer valer la impotencia como causa de divorcio.

2. La Impotencia como Causa de Divorcio.

Nuestro Código Civil, considera a la impotencia dentro del grupo de enfermedades que son causa de divorcio, que son crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, así como la locura incurable.

Dichas enfermedades se encuentran previstas en las siguientes fracciones del artículo 267 del Código Civil:

Fracción VI. -"Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio".

Fracción VII. -"Padecer enajenación mental incurable".

Es decir, para poder integrar la causa de divorcio basada en la fracción VI, se requieren dos condiciones: que sea contagiosa o hereditaria, y crónica o incurable.

Para considerar a la impotencia incurable como causa de divorcio, se requiere que ésta se presente después de celebrado el matrimonio, ya que si se presenta antes de contraer matrimonio, es causa de nulidad relativa y debe hacerse valer como tal en el término de sesenta días a partir de que se contrajo matrimonio, pues de lo contrario se convalida y no podrá hacerse valer ni como causa de nulidad ni de divorcio.

La ley no distingue si la impotencia debe ser motivada por enfermedad o por la edad, así en una interpretación literal, llegaríamos al absurdo de que la impotencia que sobrevenga por razón de la edad, permite a la mujer demandar a su esposo el divorcio, cuando - después de un tiempo tan prolongado es evidente que su esposo ha tenido relaciones sexuales con ella y casi siempre hay hijos de ese matrimonio. Igualmente dos ancianos que pretendieron contraer matrimonio, en el cual el esposo en razón de su edad se convierte en impotente, debido a esto no podrían contraer matrimonio válidamente, cuando el único motivo que tienen es el llevar una vida en común y de ayuda mutua.

Por lo anterior, consideramos que la impotencia incurable como causa de nulidad o de divorcio, debe tener como causa una enfermedad y no la edad. En efecto, cuando la propia ley no prohíbe un matrimonio entre ancianos, la cual parte de una edad mínima catorce años para la mujer y dieciséis para el hombre, es decir, la edad que se considera como la etapa de la pubertad en los adolescentes; pero sin fijar una edad máxima.

Al existir la causa de divorcio por impotencia incurable, el cónyuge sano puede demandar el divorcio vincular o el divorcio por separación de cuerpos, que es la solicitud ante el Juez a efecto de que - suspenda la obligación de cohabitar con el cónyuge sano, y el cual se encuentra previsto en el artículo 277 del Código Civil el cual expresa:

"El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el Juez con conocimiento de causa podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio".

Por último, comentaremos las diversas tesis expuestas por la Suprema Corte de Justicia las cuales señalan aspectos sobre la impotencia como causal de divorcio, pero que resulta importante para nuestro estudio.

DIVORCIO, INCAPACIDAD DE LOS CÓNYUGES COMO CAUSAL DE (IMPOTENCIA) (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).- La incapacidad de uno de los cónyuges para llenar los fines del matrimonio, a que se refiere la fracción IV del artículo 221 del Código Civil para el Estado de Puebla, debe interpretarse como sinónimo de "impotencia", que es la que se refiere propiamente la ley, entendida esa impotencia no como esterilidad para la generación, sino como la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual.

Amparo Directo 103/77.-Ma. de Jesús Machorro Barranco.
22 de Agosto de 1977. Unanimidad de 4 votos.-Ponente: Raúl Lozano Ramírez, Secretario: José de Jesús Taboada Hernández.

Precedentes:

Sexta Epoca: Volumen XLVIII.-Cuarta Parte.-Pág. 165.

Amparo Directo 4663/59. Dámaso Parra 5 votos.

Volúmen XL. Cuarta Parte, Pág. 112.

Amparo Directo 101/60.-Gabriela Mercedes Gallardo Cabrao de Aguilera. Unanimidad de 4 votos. Informe 1977. 3a. Sala. Pág. 95(39).

(39) Prontuario de Ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia. Dirección del Lic. José Garabito Martínez-Sexta Epoca. Tomo D. Pág. 244-67-vta.

La anterior tesis viene a darnos la definición correcta de lo que debe ser considerado como impotencia, pero impropriamente nos dice que la impotencia de cualquiera de los cónyuges, lo cual como hemos visto, sólo se presenta en el hombre, pudiéndose hablar en la mujer de esterilidad o infertilidad.

Dicho error fue cometido por la Suprema Corte de Justicia en uno de los precedentes mencionados, en el cual son válidas las aseveraciones antes anotadas, aclarándose que no existe la impotencia por defecto o existencia de obstáculos bulbares o vaginales en la mujer.

DIVORCIO, IMPOTENCIA COMO CAUSAL. -La impotencia a que se refiere la ley es la que consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual, y la impotencia para la generación no es propiamente impotencia sino esterilidad y como mera esterilidad no constituye causa de disolución del matrimonio, porque no imposibilita la cópula. -Es error expresar que la causal de impotencia sólo la ley la concede a la mujer, por no ser posible que ésta sea impotente para la cópula; puesto que la existencia de obstáculos bulbares o vaginales, pueda ocasionar esta impotencia en el agente femenino de la cópula. Amparo Directo 4664/59 Dámaso Parra. (40)

Por último, transcribiremos otra de las tesis de la Suprema Corte de Justicia y que es otro de los precedentes sentados en este tema:

DIVORCIO POR CAUSA DE IMPOTENCIA, SE REFIERE A LA IMPOTENCIA PARA LA COPULA NO A LA IMPOTENCIA PARA ENGENDRAR O CONCEBIR O SEA LA ESTERILIDAD. -Según el artículo 291 del Código Civil para el Estado de Jalisco, es causa de nulidad del matrimonio, que se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 145. Conforme al artículo 301, la nulidad que se funda en alguna de las causas expresadas en la fracción VI del artículo 145, sólo puede ser pedida por los cónyuges, dentro del término de sesenta días, contados desde que se celebró el matrimonio, y de --

(40) Prontuario de Ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia. Dirección del Lic. José Garabito Martínez. Sexta Época. Tomo D. Pág. 244-6-7-vta.

acuerdo con el artículo 153, los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, y es contraria a estos fines cualquier condición que afecte a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se den los cónyuges por lo que se tendrá por no puesto. Del tenor de las disposiciones legales apuntadas, se desprende que su correcta interpretación jurídica lleva a sostener que la impotencia a que se refieren, tanto como el impedimento para la celebración del matrimonio, como para pedir su nulidad o para demandar la disolución del vínculo conyugal, es la impotencia física, perpetua incurable y no la impotencia transitoria, curable porque la ley no puede permitir la nulidad ni la disolución del matrimonio, por una incapacidad pasajera, toda vez que si uno de los fines del matrimonio, posiblemente el más importante es el de la perpetuación de la especie a través de la procreación de los hijos, no es el único, pues tiene otros muy nobles que los justifican y mantienen como la vida en común. Además, el Código se refiere a la impotencia para la cópula, para el acto carnal, sin que se repunte como tal a la esterilidad, que es, en el hombre la incapacidad para engendrar y en la mujer incapacidad para concebir, de modo que no por ser estéril, se es impotente ni se tiene impedimento legal para el matrimonio, ni se incurre en causa de nulidad de éste, ni tampoco se da causa para su disolución, por divorcio. La impotencia incurable para la cópula, y cualesquiera conformidad especial que sea contraria a los fines del matrimonio, porque impida sus funciones relativas, que hayan sido impedimento para contraer matrimonio y que haya sido causa de nulidad, solamente puede hacerse valer por los cónyuges, dentro del término breve de sesenta días, contados desde que se celebró el matrimonio y una vez transcurrido deja de tener eficacia se extingue y el matrimonio subsiste como válido. Esta impotencia incurable será causa de divorcio si sobreviene en el matrimonio, por accidente por enfermedad o por otra causa, pero no por surgir de un hecho preciso, determinado de un acto concreto, deberá hacerse valer por el otro cónyuge, pidiendo el divorcio, dentro de los seis meses siguientes al día en que llegó a su noticia y de no hacerlo caduca su causal en términos del artículo 332 del Código Civil. La impotencia a que se refiere la ley, se repite, es la que consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual y la impotencia para la generación, no es propiamente impotencia sino esterilidad y como mera esterilidad, no constituye causa de nulidad, ni causa de disolución del matrimonio, por ser evidente que no es imposible para la cópula.

La causal de divorcio relativa a padecer impotencia incurable uno de los cónyuges; a que se contrae la fracción VI del artículo 322 del Código Civil del Estado de Jalisco, no es exacto como lo estimó la autoridad responsable, que sea una causal de duración sucesiva, o sea de duración sucesiva o continua, a la que no es aplicable la dis-

posición del artículo 322, en el sentido de que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funda la demanda porque está fuera de toda duda que su existencia se descubre en un acto preciso determinado y a partir del día en que se conoce, por el cónyuge inocente empieza a correr el término de seis meses para hacer valer la mencionada causal de divorcio, y si se deja de hacer su vigencia caduca y por extemporánea deviene improcedente, conforme a la ley. Si para la acción de nulidad del matrimonio celebrado por un cónyuge que padece impotencia incurable, la ley señala un término tan breve de sesenta días, no habrá razón válida, para no admitir la caducidad de la causa de divorcio de padecer impotencia incurable, cuando invoque más de seis meses después de haber tenido conocimiento de su existencia.

Amparo Directo 101/60. Unanimidad de cuatro votos. -Gabriela Mercedes Gallardo Cabrao de Aguilera. (41)

La tesis antes mencionada viene de una manera definitiva a precisar el concepto de impotencia, la diferencia de ésta como impedimento y como causal de divorcio, señalándose con toda precisión el tiempo en que se debe hacer valer, y lo que es también importante se señala la brevedad del plazo para hacer valer la impotencia como causa de nulidad del matrimonio.

Considero haber hecho un repaso de la impotencia como obstáculo para el matrimonio en el cual he pretendido agotar y dejar en claro las cuestiones relativas a su estudio como causa de nulidad y como causa de divorcio, y aunque breve por la carencia de bibliografía jurídica relacionada con el tema, espero impulsar un mayor conocimiento de este tema tan debatido y algunas veces hasta desapercibido, no obstante tener una gran importancia con la familia, parte medular de nuestra sociedad.

(41) Prontuario de Ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia. Dirección del Lic. José Garabito Martínez. Sexta Época. Tomo D. Pág. 246-7-vta.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - El matrimonio en su concepción actual lo podemos definir como un acto jurídico solemne por medio del cual un hombre y una mujer se unen permanentemente para instituir una comunidad plena que tiende a la reproducción de la especie, la vida en común y el auxilio espiritual de los cónyuges.

SEGUNDA. - El matrimonio en su naturaleza jurídica, se debe considerar como un estado jurídico, ya que se presenta como una doble consecuencia de la Institución matrimonial y el acto jurídico que celebran las partes en unión del Juez del Registro Civil, pues constituye una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes.

TERCERA. - Los impedimentos dirimentes son las prohibiciones establecidas por la ley, cuya violación invalida el matrimonio.

CUARTA. - La impotencia consiste en la imposibilidad física del varón para poder llevar a cabo la cópula con una mujer consistiendo dicha imposibilidad en la falta de erección, penetración o eyaculación.

QUINTA. - La impotencia para ser considerada como impedimento dirimente del matrimonio, necesita que se presente antes de contraer matrimonio, pues de lo contrario será causa de divorcio.

SEXTA. - La impotencia en el Derecho Canónico produce la an nulidad absoluta del matrimonio, sin que pueda ser convalidada.

SEPTIMA. - La impotencia en el Derecho Civil, es causa de nulidad relativa, teniendo que hacerse valer en un término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio.

OCTAVA. - La brevedad del plazo establecido por el artículo - 246 del Código Civil, impone la necesidad de reformarlo para conceder un mayor plazo a efecto de hacer valer la acción de nulidad, el cual considero debería de ser al menos de seis meses, contados desde la celebración del matrimonio, y que es el tiempo concedido por la ley para hacer valer la impotencia como causa de divorcio.

NOVENA. - La mujer para no dar causa de divorcio deberá tener plena seguridad que su cónyuge padece impotencia incurable al soli citar el divorcio o nulidad de su matrimonio.

DECIMA. - En virtud de que la fracción VI del Artículo 267 del Código Civil, considera la impotencia incurable para la cópula genéricamente impone la necesidad de reformarla a efecto de señalar que sólo es causa de divorcio cuando es producida por enfermedad y no por la edad del cónyuge.

BIBLIOGRAFIA

- CASO ANTONIO. -Sociología. Tercera Edición. 1939. Ed. Polis.
- DE IBARROLA ANTONIO. -Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. Primera Edición, 1978.
- DE PINA RAFAEL. -Derecho Civil Mexicano. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. 1956.
- GALINDO GARFIAS IGNACIO. -Derecho Civil Mexicano. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A.
- MESSINEO FRANCESCO. -Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III Ediciones Jurídicas Europa-América. 1954.
- ORTIZ URQUIDI RAUL. -Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición 1978.
- RECASENS SICHES LUIS. - Sociología Porrúa, S.A. Décima Quinta Edición 1977.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. - Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición 1975.
- REVISTA JURIDICA. ANUARIO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA No. 9 Julio de 1977.
- PRONTUARIO DE EJECUTORIAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Dirección del Lic. José Garabito Martínez. Sexta Epoca. Tomo D.
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Tomo primero. Editorial Ramón Sopena, S.A.
- DICCIONARIO TERMINOLOGICO DE CIENCIAS MEDICAS. Tercera Edición. Editorial Salvat Editores, S.A.
- ENCICLOPEDIA DEL COMPORTAMIENTO SEXUAL. -Tomo II. Albert Ellis y Albert Abarbanel. Editorial Diana. México.
- CODIGO CIVIL