

28 Jan 1/61



Universidad Nacional Autónoma de México  
Facultad de Derecho

" EL MATRIMONIO EN EL  
DERECHO INTERNACIONAL "

T E S I S  
Que para obtener el título de  
Licenciada en Derecho  
P . R E S E N T A  
PATRICIA MARIA LUISA BERMUDEZ DE CASTRO Y GUERRERO



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **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 está 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.

## INDICE GENERAL

### CAPITULO I

#### EVOLUCION HISTORICA DEL MATRIMONIO

	PAGS.
1.- Origenes	1
2.- Musulmanes	7
3.- El Derecho Hindú	8
4.- Los Persas	8
5.- Los Hebreos	9
6.- Los Egipcios	9
7.- Los Griegos	11
8.- Los Romanos	13
9.- El Derecho Germánico	20
10.- El matrimonio en la Edad Media	22
11.- El matrimonio Precortesiano y el Cristiano en México	23
12.- Epoca Colonial en México	28
13.- El Código Civil en 1870	30
14.- El Código Civil en 1884 y la Ley de Relaciones Familiares	37

### CAPITULO II

#### CONCEPTOS

1.- Significación Gramatical	44
2.- Naturaleza jurídica del matrimonio	45
a).- El matrimonio como institución	45
b).- El matrimonio como acto jurídico- condición.	46
c).- El matrimonio como acto jurídico- mixto	47
d).- El matrimonio como contrato ordinario	47
e).- El matrimonio como estado jurídico	53
f).- El matrimonio como acto jurídico	53

3.- Conceptos Doctrinales	61
4.- Nociones Jurisprudenciales	64
5.- Concepto que se desprende de la Legislación actual	67
6.- Concepto que se propone	67
7.- Elementos de la definición	68

## CAPITULO III

PROBLEMATICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE EL  
MATRIMONIO.-

1.- Diversas Teorías.	70
2.- Requisitos prematrimoniales en diver- sos códigos.	71
3.- Impedimentos.	74
4.- Capacidad.	75
5.- Forma de los actos.	75
6.- Obligaciones personales de los cónyuges.	76
7.- Régimen de bienes.	77
8.- Efectos del matrimonio.	78
9.- Nulidad del matrimonio	79
10.- Normas en el conflicto de leyes en ma- teria civil en México	80
11.- Validez del matrimonio de extranjeros en México.	83
12.- Validez de los matrimonios de mexicanos celebrados en el extranjero.	83
13.- Validez de los actos del estado civil en México, celebrados con arreglo a las Leyes de los Estados Federados.	84

### 3 INDICE GENERAL

14.- De la Práctica Consular Mexicana	85
1).- Del Servicio Exterior Mexicano	85
2).- Convenciones Consulares	86
3).- Funciones del Registro Civil	89
4).- Decreto de Promulgación de la Convención sobre el Consentimiento para el matrimonio	92

#### CAPITULO IV

##### EL MATRIMONIO EN EL DERECHO MEXICANO VIGENTE.

1.- Constitución Política	95
2.- Código Civil	97
3.- Código Penal	105
4.- Ley General de Población	105
5.- Reglamento de la Ley General de Población	107
6.- Decreto por el que se aprueba la Convención de la mujer casada.	110
7.- Ley de Nacionalidad y Naturalización	111
8.- Régimen Jurídico del Registro Civil	112

#### CAPITULO V

##### EL MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO.

1.- América	115
2.- Oriente	125
3.- Occidente	135

CAPITULO VI

LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL MATRIMONIO

1.- La Teoría de Jean Paulin Niboyet	146
2.- La Teoría de Fiore	152
3.- La Teoría de Adolfo Miaja de la Muela	153
4.- La Teoría de Trigueros	155
5.- La Teoría de Carlos Arellano García	155
CONCLUSIONES	159
BIBLIOGRAFIA	161

## P R O L O G O

Sería muy extenso tratar el tema del matrimonio en toda su amplitud, ya que de hecho llevaría una vida el realizar esta labor a profundidad.

Esta tesis es una sencilla pincelada de ese tema tan controvertido y que ha sido el pilar de las sociedades, el cual abordo por su capital importancia desde los puntos de vista históricos, sociológicos y jurídicos.

"Institución de complementación", como la llama el Maestro Recasens Siches, en la cual el Derecho trata dereregular la protección de los hijos, ya que inútil sería normar el amor entre un hombre y una mujer.

Esperando no ser repetitiva ni obscura en mi exposición, someto a la consideración de mis maestros, este pequeño ensayo.

La alumna.

## CAPITULO I

1.- Orígenes. 2.- Los Musulmanes. 3.- El Derecho Hindú. 4.- Los Persas. 5.- Los Hebreos. 6.- Los Egipcios. 7.- Los Griegos. 8.- Los Romanos. 9.- El Derecho Germánico. 10.- El Matrimonio en la Edad Media. 11.- El Matrimonio Precortesiano y el Cristiano en México. 12.- Epoca Colonial en México. 13.- El Código Civil en 1870. 14.- El Código Civil en 1884 y la Ley de Relaciones Familiares.

1 Orígenes.

En el presente estudio no pretendo abordar los muchos acontecimientos en el devenir histórico a propósito del matrimonio, sino por el contrario, expondré, a grandes pinceladas, la evolución de la pareja humana cuya relación ha sido tan compleja.

Como tema controvertido que es, numerosos autores en diversas épocas, lo han abordado enfocando sus puntos de vista muy personales, influenciados por el momento circunstancial que viven.

"Institución de complementación" como le llama el maestro Ricasens Siches, de todos modos la pregunta es: ¿Desde cuándo el hombre tiene conciencia de pareja y de una unión en matrimonio?. Cuestión difícil de establecer, puesto que, en realidad, los orígenes de la familia están ocultos y quizá lo estén siempre, cubiertos por la bruma de la prehistoria.

Federico Engels sostiene (1), siguiendo la teoría materialista de Morgan, sociólogo inglés, que existían dos tipos de uniones sexuales: exógenas y endógenas. En la primera de ellas, los miembros de la comunidad buscaban pareja en las mujeres de otra tribu, no existiendo el sentido de paternidad que después se desarrolló en los albores del matrimonio monogámico, sino con una total promiscuidad y con especial prohibición ritualista de unirse a las mujeres de su propio clan. En la segunda forma, menos evolucionada, los hombres buscaban pareja dentro de la propia tribu, incluso casándose entre hermanos y hermanas, y, al lado

1 Engels, Federico. El Origen de la familia. La propiedad privada y el Estado. México, 1979. Edit. Quinto Sol, S.A.  
pp: 25,26,29 y sigs.



de la poligamia del hombre, se encontraba la poliandria de la mujer, considerándose los hijos de unos y otros, comunes al clan o tribu. Así llega Morgan a la conclusión, al igual que la mayor parte de sus colegas, de que existió un estadio primitivo en el que imperaba, dentro de la tribu, el comercio sexual promiscuo, de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres, eliminándose, por tanto, los celos y el incesto, sentimientos que nacen desde que el hombre tiene concepción de propiedad privada, y que dada la evolución de las costumbres, ésto es muy reciente.

Como sostiene Westermarch, " La promiscuidad supone la supresión de las inclinaciones individuales " (2) .Según Morgan la humanidad rebasó esta etapa en épocas muy tempranas, pasando a la familia consanguínea, o sea, un antecedente cercano a la concepción moderna (3). Aquí los grupos conyugales se clasifican por generaciones: Todos los abuelos y abuelas en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con los hijos y las hijas, esto es, con los padres y madres y los hijos de éstos a su vez, forman un tercer círculo de cónyuges comunes, y, los bisnietos de los primeros, el cuarto círculo. Así es que en esa forma de familia, los ascendientes y descendientes, son los únicos que quedan excluidos de los deberes del matrimonio, por decirlo de alguna forma. Hermanos y hermanas, primos y primas en primero, segundo y restantes grados, son todos ellos entre sí consanguíneos y maridos y mujeres unos de otros. Dicho vínculo representa en sí un período de comercio carnal recíproco.

Desde luego, tal grupo de familias ha desaparecido y ni aún en los núcleos más salvajes de seres humanos, se encuentran uniones de esa clase. El tipo de parentesco, dice Engels, ha ido evolucionando y ni aún en la polinesia se puede observar esa clase de familia, ya que fueron un estadio preliminar, necesario para el desarrollo ulterior del matrimonio.

El tercer grupo lo constituye la familia punalúa, que excluía a

---

los padres y a los hijos del comercio sexual recíproco, y en un siguiente progreso se eliminó a los hermanos, primero a los uterinos, (es decir, de la misma madre), y después a los colaterales. Morgan observa en lo anterior "una magnífica ilustración de cómo actúa el principio de selección natural" (4), el progreso seleccionador se hace notar en la institución de la gens, que nació de él y que rebasó con mucho su fin inicial, y que es la base social de la mayoría de los pueblos de la tierra y de la cual pasamos sin transiciones, a la civilización.

Morgan describe que, según la costumbre hawaiana, cierto número de hermanas carnales eran mujeres de maridos comunes, de los cuales quedaban excluidos sus propios hermanos. Los maridos, por su parte, no se llamaban entre sí hermanos, pues ya no tenían necesidad de serlo, sino "punalúá", o sea, compañero íntimo. De igual modo, una serie de hermanos tenían en matrimonio común a cierto número de mujeres, con exclusión de sus propias hermanas y aquellas también se llamaban entre sí "punalúas".

Según Federico Engels, el sistema americano de parentesco que descansa en la monogamia, es absurdo y está explicado en sus más íntimos detalles, de un modo racional, en este tipo de familia.

Julio César, refiriéndose a los bretones, afirma que se hallaban por aquel entonces en el estadio medio de barbarie y que "cada diez o doce hombres tenían mujeres comunes, con la particularidad de que en la mayoría de los casos eran hermanos y hermanas, padres e hijos" o sea matrimonios por grupos. Lo mismo opinan Watson y Kay al hablar de los tikur del Audh, al norte del Ganges, en su libro "La Población de la India": "cohabitan, (hacen vida sexual) casi sin distinción en grandes comunidades, y cuando dos individuos se consideran como marido y mujer, el vínculo que los une es puramente nominal" (5).

En todas las familias del grupo, no podía saberse quien era el pa

dre, pero sí quien era la madre de la criatura, aún así, llamaban hijos suyos a todos los de la familia común, y por consiguiente, la descendencia sólo podría establecerse en línea materna. Pero ese reconocimiento de filiación maternal y las relaciones de herencia que se deducen del mismo, fueron llamados derecho materno, cosa inexacta, ya que en ese tipo de sociedades no existía aún el derecho en el sentido jurídico de la palabra (6).

Engels hace mención de que entre los negros australianos del monte Gambier, en el sur de Australia, fue donde se encontró el grado más bajo de desarrollo. La tribu entera se dividía en dos clases: Los Krokis y los Kumites. Entre ellos estaba prohibido el comercio carnal; en cambio, todo hombre de una de ellas, era marido nato de toda mujer, y así recíprocamente. Grupos enteros estaban casados, clase con clase. "un kroki tiene derecho a tomar por esposa a toda mujer komite; aún a su propia hija, en virtud del derecho materno, y es por ello, esposa de todo kroki, incluido el padre" (7).

El matrimonio por clases tal y como existe en Australia, es una forma primitiva de unión, mientras que la familia punalúa, constituye un grado superior de desarrollo. Desde luego que entre estas dos clases de uniones existieron grados intermedios, difíciles de retrotraer a través de la historia.

El siguiente tipo citado por Engels, corresponde a la familia sindiásmica y él describe el régimen de matrimonio por grupos, o quizás antes, ya se formaban parejas conyugales para un tiempo más o menos largo. El hombre tenía una mujer principal, en rigor, no una favorita, pero también para ella, él era el esposo principal entre todos los demás. Con la creciente prohibición de tener relación sexual entre los consanguíneos, se hicieron cada vez más imposibles las uniones por grupos, que fueron substituidos por la familia sindiásmica; y cita el autor: "En esta etapa un hombre vive con una mujer, pero de tal suerte que la poligamia y la infide

lidad ocasional, siguen siendo un derecho para los hombres, aunque por causas económicas, la poligamia se observa raramente, al mismo tiempo, se exige la más estricta fidelidad a las mujeres, mientras dure la vida en común y el adultero se castiga cruelmente. Sin embargo, el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una u otra parte, y después, como antes, los hijos sólo le pertenecen a la madre (8).

Como puede notarse, la evolución de la familia en los tiempos prehistóricos consistía en una constante reducción del círculo dentro del cual prevalece la comunidad sexual, que abarcaba a la tribu entera. Es este último tipo de matrimonio en el que empieza el rapto y la compra para los efectos matrimoniales, y constituye además un tránsito hacia el matrimonio monogámico, aunque al principio, cuando una mujer era raptada, la disfrutaban tanto el raptor como sus amigos que le habían ayudado, para después ser considerada como esposa del raptor. En esa unión existía la disolubilidad del vínculo, con la posibilidad y efecto de que cada uno podía contraer otro matrimonio. También se cuenta el apoderamiento de mujeres, como botín de guerra. Lo cierto es que el matrimonio en sus orígenes era un acto ajeno al derecho, aun cuando en el rapto se diera la posesión real, independientemente del consentimiento tácito o expreso.

En el caso del matrimonio por compra se perfeccionaba el contrato por medio de la tradiatio, o entrega de la mujer una vez satisfecho el precio concertado.

En algunos pueblos, los amigos y parientes del novio ejercían acto de posesión con la novia durante la boda misma, siendo el último en turno, el novio, como sucede en los Baleares y en Abisinia. En otros, el jefe de la tribu, el chamán, o el cacique, ejercían acto con la novia, en razón del jus primae noctis, costumbre que se dice aún persiste en ciertas tribus de Alaska. Durante la edad media, por lo menos en países de origen céltico, donde nació el ma-

rimonio por grupos, persistió esta costumbre hasta la sentencia o bando, dictado por Fernando el Católico en 1486.

De la familia sindiásmica surge la monogámica que se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es procrear hijos, cuya paternidad sea indiscutible, paternidad que se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre. Dicha familia tiene una solidez mayor, y ya el matrimonio no puede ser disuelto por el deseo de uno de los cónyuges. De otro modo, sólo el hombre puede, en ciertos lugares, repudiar a la mujer, y, según Engels, "se le otorgaba al hombre el derecho a la infidelidad conyugal" (9).

La humanidad entra al estadio del matrimonio monogámico por razones religiosas y es cuando surge el carácter jurídico de éste. Para ello, Engels describe las investigaciones realizadas por Bachofen otro sociólogo alemán, quien da una idea más formal de cómo el hombre llega a la monogamia, al hablar de ciertos sacrificios que, como penitencia, se imponían a la mujer para comprar su derecho a la castidad, o sea una expresión mística del rescate, por medio del cual se libra a la mujer de la antigua comunidad de maridos y adquiere el derecho de entregarse a uno solo. El rescate consistía en dejarse poseer en un determinado período; las mujeres babilónicas, estaban obligadas a entregarse una vez al año en el Templo de Mylitta; en otros pueblos del Asia Menor, las hijas eran enviadas al Templo de Anitis, donde durante años enteros, practicaban el amor libre, con favoritos elegidos por ellas, antes de que se les permitiera casarse. Esto constituyó una usanza muy común entre los pueblos asiáticos del mediterráneo y el ganges, lo que no ocurrió entre los tracios, los celtas, los aborígenes de la India, los malayos o insulares o de Oceanía y los indoamericanos.

## 2 Los Musulmanes.

El Corán, libro sagrado de los musulmanes, cuya redacción definitiva parece datar del siglo VII de nuestra era, contiene varios principios que han dado fundamento al derecho de los pueblos a profesar la religión mahometana. La azora cuarta está dedicada a las mujeres; en la aleluya tercera se autoriza la poligamia, y en las veintiseis y veintisiete, se establece el régimen de los impedimentos matrimoniales, cuyo mandato es no casarse con las esposas del padre, vedando también a las hijas, hermanas, hijas del hermano y madres de leche que amamantaron a los hermanos, así como a las mujeres de los hijos. Según El Corán, el matrimonio está asentado sobre la potestad marital, siendo las mujeres consideradas inferiores y existiendo, además, el derecho al repudio, debiendo en este caso el hombre pensionar a la mujer repudiada.(10).

El derecho islámico perpetúa, con profunda penetración, la vida religiosa con la vida social, incluyendo la actividad económica y la jurídica. Por una íntima relación con la religión mahometana, su derecho no es aplicable a los "creyentes". Sus fuentes, en primer lugar, son: El Corán, revelado a Mahoma (610 a 632 a.c.), la Sunna, conjunto de anécdotas, (hadiths), acerca de la vida y enseñanzas de Mahoma y El Idjna, doctrina unánime respecto a los puntos esenciales, elaborada por eruditos del mundo islámico. En él se forman cuatro escuelas: la hanefítica, la malekítica, la shaféutica y la hanbalítica.

La hanefítica es la más difundida. Los tribunales egipcios, turcos, libios, balcánicos, sirios, afganos, pakistaníes e hindúes, la aceptan y basan su derecho en ella.

La malekítica influye en el norte y oeste de Africa. La shaféutica predomina en Indonesia y en el este de Africa, y la hanbalítica se profesa en Arabia.

En todas las escuelas predominan las reglas de un derecho ortodo-

---

10 Enciclopedia Jurídica Omeba. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1956, tomo XIX, pp: 915 y sigs.

xo, (fikh), cuya aplicación hace posible incrementar los principios abstractos (11) y normas concretas de este derecho. El fikh es tradicionalista e insiste en la inferioridad social y jurídica de la mujer, y se manifiesta en el hecho de que las hijas reciben, por vía legítima, el cincuenta por ciento de la cuota que corresponde a cada hijo, en materia sucesoria. Admite la poligamia con un límite de cuatro esposas y el repudio por parte del marido; rechaza las consecuencias jurídicas de la paternidad ilegítima.

### 3 El Derecho Hindú.

Los hindúes, debido a la Manava-Dharma-Sastra, (las Leyes de Manú), se rigen a través de dicho ordenamiento, cuya fecha de expedición se desconoce, remontándose a varios siglos antes de Cristo. En dichas leyes las mujeres no tienen posición relevante, ya que se les considera seres impuros; y deben reverenciar al marido como a un dios. El matrimonio persigue, como finalidad esencial, la procreación de un hijo varón, cosa que hizo que se autorizara que, en caso de fallecimiento del marido, sin que éste dejara sucesión, un hermano suyo podía asegurarla, "permitiéndose incluso, que aún viviendo el marido, la mujer infecunda procurara la descendencia con un pariente de su esposo". (12).

El matrimonio entre los hindúes, se basa en el predominio del marido, con las características propias de los pueblos bárbaros, acercándose bastante a la promiscuidad. Por otra parte, es necesario recordar que hoy en la India, existen lugares donde se dan la poliandria y la pologamia, según que la región sea budista, mahometana o U-panishad. (13).

### 4 Los Persas.

En este pueblo, es costumbre pactar un matrimonio a plazo determinado, mismo que puede ser renovado. En cuanto al hombre célibe, la tendencia es convidarlo a que abandone ese estado, dentro de un matrimonio monogámico, lo que parece bastante avanzado.

11 Ob. cit. pp: 963 y sigs.

12 Margadant, Floris. Introducción para la Historia Univ. del Derecho, México, 1979, Univ. de Jalapa, Ver. pp 239

13 Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit. pp. 980 y sigs.

## 5 Los Hebreos.

Entre ellos se podía repudiar a la mujer por parte del marido , siempre y cuando éste entregara en mano la carta de repudio, según lo exigían las leyes del Deuteronomio. Por otro lado, la poli gamia fué practicada en la antigüedad.

Cuando los hermanos vivieran juntos y muriera alguno de ellos sin tener hijos, la mujer del muerto debía casarse con el sobreviviente, quien estaba obligado a darle un primogénito que llevara el nombre del marido fallecido.

Había varias formas de matrimonio: a) el matrimonio por captura , celebrado con las mujeres que constituían botín de guerra; b) el matrimonio sábito, en el que los hijos eran criados por el clan de la madre (matriarcado); c) el matrimonio poligámico, y d) el matrimonio monogámico que lleva consigo el pago de la dote por parte del marido, para que la mujer, en caso de repudio, pueda disponer de ella. Este tipo de matrimonio se instituyó después del siglo IV de la era cristiana, y persiste hasta nuestro tiempo.

## 6 Los Egipcios.

Establecieron instituciones diferentes a las de otros pueblos . Eran de cultura avanzada, con una enorme estabilidad social y económica. Las mujeres generalmente ejercían el comercio e iban al mercado; los hombres, mientras tanto, se quedaban en casa tejiendo telas. Se permitía el desposorio entre hermanos y se practicaba primitivamente la poligamia, evolucionando después hacia el matrimonio monogámico.

Los egipcios conocieron tres formas de matrimonio: a) el servil, en el que la mujer quedaba convertida en esclava del hombre a quien se unía; b) el que estaba basado en la igualdad de derechos con una cierta comunidad de bienes y c), el basado en una posición intermedia, con base en cierta dote dada por el marido a la mujer.



Hacia los años de 1450 a 1425 y a 1403 (a. de c.), Egipto entra en un período de gran actividad diplomática, caracterizada por los matrimonios políticos que se convirtieron en regla para los faraones, cosa que fuera en la tradición dinástica una verdadera innovación, singularmente atrevida y que dá lugar a que se funden los primeros desarrollos del derecho internacional, así como del derecho internacional privado, ya que se inicia el envío de mutuos embajadores.

Por lo que se refiere al derecho familiar, al propio tiempo que se borra el estatuto perpetuo de la tierra, con la desaparición del régimen señorial, vemos que se pierde para la familia su cohesión jurídica y regresa ésta a la fórmula individualista. Al desaparecer todas las solidaridades creadas por la tierra y la sangre, las antiguas familias o células sociales, principados feudales y señoríos agrupados bajo una autoridad paterna, quedan bajo una nueva solidaridad que es representada por el rey.

Desaparece la autoridad marital y el derecho de primogenitura y no pesa ya ninguna clase de tutela sobre la mujer, pudiendo contratar libremente. La mujer ya no es la menor y la familia está formada por individualismos, o personalidades independientes. El matrimonio toma el aspecto de un contrato entre partes de igual derecho, cuya unión forma un patrimonio común entre ellos. Los esposos adoptan al casarse, un régimen de comunidad cuyo patrimonio estará formado por los dos tercios para el marido y un tercio para la mujer. A la muerte de uno de ellos, el superviviente goza del usufructo de la comunidad de bienes entera y puede disponer de la parte que él ha aportado, y la otra deberá volver a los herederos del cónyuge muerto. Fuera de la comunidad de bienes, cada consorte conserva otros bienes propios de los que dispondrá con entera libertad. Además, el matrimonio es un contrato que puede romperse mediante el divorcio.(14).

---

14 Pirenne, Jacques. Historia de la Civilización del Antiguo Egipto. Barcelona, 1963, Editorial Exito, pp: 9 a 19, 25, 249 y 250.

## 7 Los Griegos.

Al tratar de los griegos, Engels, hace la distinción entre jonios y dorios. En los primeros habitantes de Atenas, destaca el autor, las mujeres sólo aprendían a tejer y coser, siendo cautivas y teniendo únicamente trato con mujeres. No salían solas, si no iban acompañadas de esclavas, y estaban sometidas a vigilancia.

Eurípides designa a la mujer como una oikurema, destinada a cuidar del hogar doméstico y, fuera de la procreación no era más que la criada principal. El hombre la excluía de la vida intelectual, e incluso de los deportes. Esto como lo apunta Engels (15), no es más que "una prostitución muy extensa y protegida, en todo caso, por el Estado", y relata, que para convertirse en esposa, era necesario haber sido antes hetaira (prostituta).

Los dorios, habitantes de Esparta, tenían diversos tipos de relaciones conyugales. Una especie de matrimonio sindiásmico, modificado por el Estado, o sea, matrimonio por grupos. Las uniones estériles se rompían. Varios hermanos podían tener una mujer común, y cuando un hombre prefería a la mujer de un amigo, éste se la podía poner a su disposición. Por dicho relajamiento de costumbres era muy difícil concebir el adulterio en la mujer, y según el autor, es por esa razón que las mujeres, en Esparta, tuvieran una posición más respetada que entre los otros griegos. Por otro lado, el matrimonio en Atenas era una carga y obligaba al marido a un mínimo de deberes conyugales.

Sostiene Engels, que de ninguna manera la monogamia fué el producto del amor individual sexual, sino el triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad primitiva común, esto es, por móviles económicos (16). Para Foustel de Coulanges (17) el origen de la familia antigua y sobre todo la griega, es de origen religioso, puesto que era un pueblo al que la religión permitía invocar para el hogar y ofrecer la comida fúnebre a los antepasados. Los historiadores sostienen que ni el nacimiento, ni el afecto, eran funda

15 Engels, Federico. Ob. cit. pp: 40,41 y sigs.

16

17 Coulanges, Fustel. La Ciudad Antigua, México, 1976, Editora, S.A. pp.13,14 y sigs.

mento de familia, sino que debía encontrarse en el poder paternal y patriarcal o marital, y de ese poder nacía una especie de institución primordial. En cada casa había un altar y en torno al mismo, la familia se congregaba para realizar rituales muy propios, tanto de día como de noche.

Se legaban como tradición los cantos e himnos entre familiares.

La tumba se considera como una segunda mansión; por ello era necesario que los vivos rindiesen culto a los muertos y el principio de la familia no radicaba en la generación exclusivamente, ya que el hijo varón continuaba el culto a los muertos y la hija salía de la familia para ir a rendir culto a la de su esposo, emancipándose por tanto de su núcleo de origen y cesando sus derechos en él.

El principio de la familia tampoco existe en el afecto natural, ya que el padre no lega sus bienes a la hija. La mujer, por efecto del matrimonio, figura en la familia del marido en base a una ceremonia sagrada de casamiento, que la ha iniciado en ese culto. La herencia y el parentesco existen en cuanto a la participación en ese culto. En cambio, la religión del hogar se transmitía de varón a varón. La mujer soltera participaba en los cultos del padre; y ya casada, en los del marido; por lo tanto, el matrimonio significaba cambiar de religión, pronunciar otras oraciones, practicar otros ritos.

El matrimonio era la ceremonia santa que habría de producir varios efectos, era llamada Póllux y significaba ceremonia sagrada. La religión que consumaba el matrimonio no era la de Júpiter, ni la de Juno, o la de los dioses del Olimpo y la ceremonia no se celebraba en un templo, sino en la casa y la presidía un dios doméstico. Se componía de tres actos: el primero, ante el hogar del padre; el segundo, era el tránsito entre el hogar del padre y el del marido, y el tercero, era la casa del marido.

El padre, rodeado de la familia y en presencia del pretendiente , ofrece un sacrificio; terminando éste, pronuncia una fórmula sacramental en la que hace entrega de su hija al joven, declaración absolutamente necesaria, ya que así desligaba a la hija del culto paterno, para que ella pudiera ir a adorar al del marido.

La joven era transportada a la casa del marido. Podía hacerlo el marido, o bien unos varones revestidos de carácter sacerdotal , llamados heraldos. Con el rostro cubierto y una corona en la cabeza, la joven, con traje blanco, iba precedida por una antorcha nupcial, y, durante todo el recorrido, se cantaba en torno a ella un estribillo que era el himno al himeneo, lo que dió nombre a toda la ceremonia. El color blanco era imprescindible. La joven no debía entrar por su propio pie, sino en brazos del marido, simulando un rapto, y, a la vez, las mujeres que la acompañaban trabajaban de defenderla. Los pies no podían tocar el umbral por razones religiosas, sino hasta que ella entrara a la nueva religión, por lo que, acercándola al hogar, era colocada ante la divinidad doméstica. Después se rociaba a los contrayentes con agua lustral y ellos tocaban el fuego sagrado. Los novios compartían oraciones , pan y frutas, lo que significaba una pequeña comunión con los dioses.

El ritual descrito es una muestra de las fuertes costumbres que ataban a los pueblos. Como puede notarse, entre los griegos el matrimonio era ritualista y solemne, con consecuencias jurídicas, ya que la mujer, al igual que entre los romanos, entra en la familia del marido y se desliga de la natal, dejando de ser considerada como hija de su padre consanguíneo, y entrando como tal, bajo la tutela del marido. (18) .

#### 8 Los Romanos.

Consideraban el matrimonio en forma parecida a los griegos; de hecho las instituciones ceremoniales solemnes que ataban a los espo

sos, podría decirse que son las mismas, en tres actos: traditio, deductio in domum y conferratio.

Primero, la joven abandona el hogar paterno. Está ligada a él, no por derecho, sino por mediación del padre de familia, única autoridad que puede desligarla. (traditio, formalidad indispensable).

Segundo, se conduce a la joven velada a la casa del esposo, con corona, y precedida de la antorcha nupcial. Se cantan himnos que variaron según las creencias y que no eran por cierto, el himeneo. El cortejo se detiene ante la casa del marido y allí se presenta a la joven al fuego y al agua. (El fuego es emblema de la divinidad doméstica, y el agua sirve a la familia para todos los actos religiosos).

Para que la joven entre a la casa, se simula un rapto, al igual que entre los griegos, y el esposo la levanta, cuidando de que sus pies no toquen el umbral de la puerta.

Tercero, se conduce a la esposa ante el altar donde se encuentran los penates (antepasados), todos dispuestos alrededor del fuego sagrado. Los esposos hacen el sacrificio, la libación, pronuncian oraciones y comen juntos la torta de flor de harina (panus farreus), símbolo que realiza la unión santa. De ahí la definición que los jurisconsultos dan al matrimonio: *Nuptiae sunt divini iuris et humani communicatio. Uxor socia humanae rei divinae*, que quiere decir, que la mujer ha entrado a participar en la religión del marido y que como dice Platón, los dioses mismos la han introducido.

La mujer debía rendir culto a los antepasados de su marido, sufriendo con ello un segundo nacimiento, y será en lo sucesivo, hija de su esposo (filiae loco).

La institución del matrimonio sagrado debe ser tan antigua en la raza indoeuropea, como la religión doméstica, pues la una va a la

par con la otra. Comenta Fustel de Coulanges, que esta religión ha enseñado al hombre que la unión conyugal es algo más que la unión de los sexos y un afecto pasajero, pues ha unido a los esposos con firmes lazos, del mismo culto y de las mismas creencias. Los efectos que producían estas nupcias eran tan graves, que definitivamente no existía la poligamia, ya que los hombres no podían introducir más que a una sola mujer en su casa. Difícil es pensar que esa religión fuera alterada, y el divorcio podría creerse imposible; sin embargo, el derecho romano permitía el rompimiento del matrimonio celebrado por coemptio o por usus, pero la disolución del matrimonio religioso, era difícilísima, ya que se requería de otra ceremonia sagrada, pues sólo la religión podía desunir, lo que había atado. Esto es, el efecto de la conferratio, sólo podía ser disuelto por la disfarreatio: Los esposos comparecían, en este caso, por última vez ante el hogar común, el sacerdote y algunos testigos, se encontraban presentes, ofreciéndose pan a los esposos, como en el día de su matrimonio, mismo que era rechazado, y en lugar de oraciones se pronunciaban fórmulas de carácter extraño, severo, rencoroso y maldiciones, porque la mujer renunciaba al culto de los dioses de su marido. Desde ese momento el lazo religioso se rompía y cualquier otra comunicación cesaba de pleno derecho, y por tanto, el matrimonio quedaba deshecho.

Tanto en Roma como en Grecia existía la creencia de que los muertos, una vez que habían abandonado el mundo de los vivos, sólo serían felices si la familia les tributaba alimentos, y si las ofrendas decaían, el muerto llegaba a descender al rango de demonio desgraciado. (19) . Por eso era necesario que se acercasen al hogar divino más miembros de la familia y por ello estaba prohibido el celibato, ya que al hombre no se le permitía que se perteneciera a sí mismo, sino que formara parte de una familia. Así hubo leyes que declararon que el celibato era cosa mala y punible. Dionisio de Halicarnaso, que había compulsado los viejos anales de Roma, dice haber visto una antigua ley que proscribía a los jóve-

---

19 Coulanges Ibid, pp: 65 y sigs.

nes que no se casasen. Por otra parte, el tratado de leyes de Cicerón (forma filosófica de antiguas leyes de Roma), contiene una que prohíbe el celibato. En Esparta, la legislación de Licurgo, castigaba severamente a los hombres que no se casaban.

No era bastante engendrar un hijo, sino que debíase perpetuar la religión doméstica, producto del matrimonio religioso. El bastardo, al que los griegos llamaban vocos, y los latinos spurius, podía desempeñar el papel que la religión asignaba al hijo legítimo. El matrimonio era obligatorio y no tenía por fin el placer; su objeto principal no consistía en la unión de dos seres que se correspondían y querían asociarse para la dicha, o las penas de la vida. El efecto del matrimonio, a los ojos de la religión y de las leyes, era unir a dos seres en un mismo culto doméstico para hacer nacer a un tercero que fuese apto para continuar el mismo. La religión dictaba que la familia no se debía extinguir: el afecto y el derecho natural tenían que ceder ante esta regla, pero naturalmente no eran las hijas las avocadas para continuar el culto.

Si un matrimonio resultaba estéril por causa del marido, un hermano o un pariente debía substituirlo, y la mujer se entregaba a ese hombre. El hijo que nacía se consideraba del marido y continuaba su culto. El matrimonio de la viuda sin hijos se realizaba con un pariente del marido y el hijo que nacía era considerado como del difunto. El ingreso del hijo en la familia se señalaba con un acto religioso, primero el padre aceptaba al hijo y en calidad de dueño y custodio vitalicio del hogar, debía declarar que el recién nacido era o no, de la familia (lazo moral y religioso). Esto fue un acto obligatorio tanto en Roma, como en Grecia y la India. En Roma la ceremonia tenía lugar al noveno día de nacido el hijo; en Grecia al décimo día y en la India al duodécimo. El padre se reunía con la familia y los testigos y hacía un sacrificio en su hogar, presentando al hijo a los dioses domésticos; una mujer llevaba a éste en brazos y daba vueltas alrededor del fuego sagrado ,

con dos propósitos: purificarlo de la mancha contraída por el hecho de la gestación, y para iniciarle en el culto doméstico . A partir de ese momento el niño era aceptado en la religión y los ritos de su familia, y más adelante se convertiría en un antepasado venerado.

El derecho griego, el romano y el indo, están acordes en considerar a la mujer como menor; nunca puede poseer un hogar propio y jamás presidir un culto. En Roma recibe el título de materfamilias, pero se pierde si su marido muere. No teniendo nunca un hogar que le pertenezca, carece de cuanto da la autoridad a una casa ; nunca manda en ella, ni es libre, ni señora de sí misma, sino que está en alieni juris. Siempre debía estar junto al hogar de otro, repitiendo la oración de otro y para todos los actos de su vida religiosa necesitaba un jefe, así como para su vida civil, un tutor.

Las Leyes de Manú dicen que la mujer, durante la infancia, depende del padre, casada, del marido; y muerto éste, de los hijos; y, en caso de no haberlos tenido, dependerá del pariente más cercano del marido, pues una mujer nunca debe gobernarse por sí misma. Para determinar el poder del marido sobre la mujer, los romanos decían manus, que era el matrimonio que se realizaba con la subordinación de la mujer al marido.

Existió el derecho del paterfamilias de casar a la hija cediendo la autoridad a otro sobre ella; si estuviere en vísperas de morir, nombrarle a su mujer un tutor, teniendo el derecho, además, de repudiarla en caso de adulterio (porque la familia y la descendencia debían conservarse puras y sin alguna alteración). La mujer no tenía el derecho a divorciarse, al menos en los tiempos antiguos, y aún siendo viuda, no podía emanciparse, ni dotar. En otros tiempos, en caso de divorcio, ella no se quedaba con los hijos, ni con las hijas, sino que era el paterfamilias quien los conservaba en su poder. Cuanto poseía o adquiriría la mujer durante el matrimonio,



recafa en las manos del marido y en el mismo caso se encontraban los hijos, mientras el paterfamilias viviera.

El paterfamilias era responsable ante la justicia, de los delitos cometidos por los suyos, y por lo tanto, el senado permitió que decidiera qué tipo de justicia debía ejercerse sobre la mujer y los hijos. Si la mujer había cometido una falta, se le castigaba; si había bebido vino, se la condenaba; pero si había tenido comercio con otro hombre, se le mataba.

Eugene Petit (20), dice que únicamente entre los ciudadanos romanos se podía dar la justae nuptiae, o sea el matrimonio legítimo y que la mujer sólo por el efecto del matrimonio participaba del rango social del marido y de los honores de que él estuviera investido. La unión llegaba a ser más estrecha, cuando la justae nuptiae se contraía con la manus, entrando así la mujer en la familia civil del marido. Y es Modestino, quien define el matrimonio hacia los finales de la época clásica, como "la unión de un hombre y una mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos". Sin embargo, bajo el imperio, los lazos del matrimonio se relajaron, así como las costumbres, y la manus cayó en desuso. Por lo tanto, se perdió la comunicatio divinae et humani, entre los cónyuges.

Ahora que, haciendo un análisis de las condiciones de validez del matrimonio entre romanos, nos encontramos como necesarios, la pubertad de los esposos, el consentimiento de los mismos; el consentimiento del jefe de familia y el connubium.

El connubium es la aptitud legal para contraer justae nuptiae, y sólo la tenían los ciudadanos romanos; por lo tanto, en el derecho antiguo estaban privados de él: los esclavos, los latinos, salvo los latini viteus y los peregrinos, excepto concesiones especiales y bajo Justiniano, con motivo de la extensión del derecho a ciudadanía, quedando excluidos los esclavos y los bárbaros.

---

20 Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. México, 1976, Editora Nacional, pp: 104 y sigs.

Había prohibiciones para casarse entre parientes de línea recta , y en línea colateral hasta el tercer grado. En la antigua Roma es tuvo prohibido el matrimonio entre patricios y plebeyos, pero la ley de las doce tablas sancionó esta interdicción, misma que fué recogida por la ley canuleia en el año de 308 a.c., ya con Augusto, a través de la ley papia popca se permitió, incluso el matrimonio entre ingenuos y manumitidos, pero persistió la prohibición de casarse con persona que ejerciera una profesión deshonrosa.

En el matrimonio romano no era necesario que hubiera cohabitación efectiva entre cónyuges, pues bastaba el consentimiento para que el matrimonio se consumara, sin embargo, era necesario que la mujer estuviera a disponibilidad del marido, instalada como uxor , en su casa; por lo tanto, era imposible el matrimonio con una mujer ausente, mientras que el hombre podía casarse aunque estuviera alejado de su domicilio. El modo empleado con más frecuencia para poner a la mujer a disposición del marido, era la deductio in domum mariti. (21) .

En cuanto a los efectos del matrimonio, los títulos de vir y uxor en el hombre y en la mujer, eran para elevar a ésta a la condición del marido, pero no entraba a la familia civil, puesto que sólo podía tener un lugar en ella si contraía el matrimonio por manus y era entonces cuando la mujer entraba como hija de familia, administrando su esposo todos los bienes. Sin el efecto de la manus, cada esposo conservaba su patrimonio por separado, pero entonces se obligaba a la mujer a constituir una dote a favor del marido, siendo el régimen dotal sólo permitido en la justae nuptiae .

Existían otras uniones lícitas, a las cuales los romanos daban el nombre de concubinatus, de orden inferior, más duradera, con tal de que no fuese pasajera, pues de ser así, se consideraba ilícita. Esta especie de matrimonio parece haber nacido de la desigualdad de condiciones sociales y de ciudadanía, tal como un matrimonio entre un ciudadano y una ingenua o manumitida. (22).

21 Petit, ob. cit. p.107

22 Bravo González, A. Bialostovski Sara. Compendio de Derecho Romano, Méx., 1977. Edit. Pax-México. Librería Carlos Cesar-mann, S.A. pp. 45 y sigs.

Hacia el fin de la República, con Augusto se creó la ley Julia sobre adulterio, que castigaba las uniones con fines de lucro o bien con persona distinta del cónyuge en justae nuptiae.

Continuaron las uniones denominadas concubinato, pero no tenían la justae nuptiae y sus efectos.

En tiempo del emperador Anastasio se decidió que tales uniones tuvieran los efectos de la justae nuptiae, regularizando así todas las uniones y aún más, la iglesia permitió legitimar las uniones de hecho, de la misma manera, bajo el papado de León el Filósofo.

El matrimonio sine concubio lo contraían las personas que no tenían la ciudadanía; puede clasificarse como otra unión parecida al concubinato, mas era válido, pues se realizaba con las solemnidades de la justae nuptiae, sin producir los efectos de ésta. Las uniones entre esclavos eran clasificadas como contubernios, hechos que no tenían ningún efecto civil.(23)

Con la división del imperio romano en oriente y occidente, el derecho fué perdiendo su sentido estricto; además era cambiante; según las épocas, perdía cohesión y recibía influencia de las costumbres de los pueblos conquistados y, no es sino hasta Justiniano en que se realiza una labor intensa de codificación y asimilación de las diversas instituciones jurídicas romanas, lográndose de nuevo la unidad jurídica, que trascendió a los glosadores y postglosadores de la edad media, quienes rescataron las instituciones romanas y reubicaron en el mundo conocido este derecho que había caído en desuso.

## 9 El Derecho Germánico.

En el más antiguo coexistieron dos formas de contraer matrimonio: el contrato entre hombre y mujer constitutivo de la barraganía y el contrato entre hombre y tutor de la mujer, que le transmitía el mundium (cabeza de familia) y determinaba un matrimonio legítimo.

---

23 Margadant S.,Guillermo F. Derecho Romano, México, 1977, Editorial Esfinge, S.A. pp: 207 y sigs.

Los requisitos de la celebración matrimonial estaban determinados por el derecho popular.

Robar a una mujer no tenía en sí fuerza constitutiva de matrimonio; pero con el consentimiento de la raptada, el hecho podía convertirse en barraganía y llegar incluso a ser un matrimonio con mundium, por subsecuente acuerdo con el tutor. La opinión dominante era afirmar la eficacia matrimonial con el rapto.

El matrimonio con mundium, llamado también compra de mujer, fué originalmente un negocio al contado y un contrato real para ambas partes, puesto que la prestación del precio por el novio y la entrega de la novia por el tutor, debían suceder en uno actu, aunque posteriormente el contrato de compra de la mujer y su entrega se ofrecen como dos actos separados, temporal y jurídicamente, de forma que la celebración del matrimonio se divide en, los esponsales (vertoluumg), (desponsatia), y en la traditio (traditio puellae). La desposatio, era un contrato de enajenación, concluído en forma de contrato real entre el novio y la sippe, (familia), o el tutor de la novia y en cuyo efecto era vendida en matrimonio. No se tomaba en cuenta para el contrato la voluntad de la mujer y ni siquiera necesitaba tener noticia de la desponsatio. (24)

Sin embargo, bajo la influencia del cristianismo se fué prestando atención creciente al consentimiento de la novia (ya que con ello se obligaba a la fidelidad) ; se otorgó a las mujeres, primero a las viudas, la facultad de celebrar esponsales por sí solas, en determinados casos.

En cuanto al precio de la compra, existían diversos sistemas legales de regulación; en la época primitiva el pago del precio era esencial para la fuerza vinculante de los esponsales; la misma regla se modificó y para la conclusión del contrato bastó el pago de las arras, que entre los francos importaba un solius y un denarius, los que paulatinamente revistieron el carácter de preciosimbólico (25) .

La idea de la compra desapareció convirtiéndose en una expresión de mayor finura, y de hecho, la desponsatio, se convirtió en todas partes en la obligación del novio de conducir a la novia a la casa y en dotarla. En los siglos VI al IX d.c., surgió la costumbre de que el tutor entregase a la novia una parte, o la totalidad del precio, resultando que finalmente, fué receptivo el derecho y se distribuyó dotación a la novia, para formar parte del fondo de viudedad. Un segundo acto esencial de la celebración del matrimonio, la tradio, en el caso del matrimonio con mundium, consistía en que el tutor entregaba a la novia con el novio en presencia de parientes, en forma solemne y con ofrecimiento de determinados símbolos de tradición.

En varios derechos persistió la conducción de la novia a la casa del novio y tan sólo después de la tradio, quedaba perfeccionado el matrimonio.

Por otra parte, los esponsales por sí solos, no transmitían el mundium.

En el caso de raptó o huída de la novia antes de la tradio, la multa que se imponía al novio la percibía el tutor. Por ende, la potestad del mundium y representación de la mujer frente a terceros se transmitía del tutor al novio por medio de la tradio, que aún cuando hubiesen huído antes de este paso importante, tenía que celebrarse en forma solemne.

#### 10 El matrimonio en la edad media: (Italia, España, Alemania y Francia).

En los siglos XI y XII d.c., después de haber salido de los fogosos cantos de cruzada, de las canciones cortesanas a la muerte de los príncipes, de los elogios de muerte y escarnio hacia los enemigos, o bien de las canciones en las que los trovadores se satirizaban mutuamente, se cayó poco a poco en las contiendas poéticas, en donde las cuestiones eróticas encontraron especial interés, así como también ensalzar a los señores, e incitarlos a la

realización de hazañas gloriosas y entonar canciones a sus señoras. Los trovadores ejercían como autores de canciones, una verdadera religión a la alegría, a la vida de sociedad y a la anunciación del amor. El trovador se fué tornando, con verdadero refinamiento, en un cantor a la belleza femenina en todos sus matices: cantó a la gracia, al poder atractivo de la mujer, la lírica amorosa adquirió importancia hasta convertirse en una misión cortesana; el trovador se hizo acreedor a la fama y a los premios de toda índole, aunque el matrimonio casi no tuviera relación con el amor expresado.

En esa época, el matrimonio viene a ser más bien un convenio entre familias, considerándose un negocio, o una maniobra política, sobre todo entre linajes nobles. La iglesia, en cambio, consideró al matrimonio como una institución viable, por cuatro razones: tener hijos, sustraerse al pecado de la carne, prestarse ayuda mutua, y procurarse la paz. Muchos magnates dan a su hija al peor de los enemigos, para asegurarse la tranquilidad.(26)

Ir al matrimonio por amor físico, por deseo carnal, era, según afirmaba la iglesia, cometer un atentado contra el sacramento, como tampoco servía que los cónyuges se amaran con exceso y fuera de los fines taxativamente impuestos al matrimonio, pues el pecado era mayor, aún peor, que el amor extramatrimonial.

Mientras poéticamente se trataba de imitar a Ovidio y se enseñaba a considerar el amor como un arte, dando reglas prácticas para su ejercicio, el cristianismo, por el contrario, lo sometía todo al través del prisma de la virtud o el vicio, con la imposición de una buena conducta moral, por lo que el amor fué convertido en deber, cosa que los trovadores cristianos tomaron, inspirados en el espíritu de la iglesia.

#### 11 El Matrimonio Precortesiano y el Cristiano en México.

Los indios, según sabemos, practicaban la poligamia. Su noción del

---

26 Vedel, Valdemar. Ideales de la Edad Media, Madrid, 1968, Editorial Labor. pp: 201 y sigs.

matrimonio era confusa y aún hay lugar a sospechar que toda noción de éste fué sobrepuesta por los españoles que apreciaban los hechos según su criterio. Algunas veces, los indios, ante la exigencia de los misioneros, dejaban a sus mujeres y solamente conservaban una, con tal facilidad que los misioneros lo consideraban milagroso, y otras veces oponían una resistencia infranqueable a abandonar la poligamia a la que estaban acostumbrados, obstáculo para aceptar la fe cristiana.(27)

Los obispos de México, Oaxaca y Guatemala, en carta al rey sostenían que los indios más parecía que tomaban una mujer "in facie ecclesiae" "para encubrir adulterios y malas costumbres que para tener legítimo matrimonio y" "no bastaban las amonestaciones e predicaciones públicas, para se las quitar, y es necesario algún castigo". El concepto de la poligamia era más complejo de lo que parecía a primera vista, pues el indio veía en sus mujeres no sólo un medio para satisfacer sus necesidades carnales, sino un número de servidoras obligadas a trabajos que se les imponían, y renunciar a ellas era perder las ventajas económicas de sus servicios. Dada, por otra parte, la poca diferencia que existía entre los indios, entre la mujer legítima y la concubina, el hecho de aceptar una sola con aquel carácter que se les imponía, no parecía un obstáculo para continuar sus relaciones con otras.

Según el Sínodo de 1524, dado por la iglesia, se les quería obligar a tomar por esposa canónica, a aquella con quien primero hubiera contraído matrimonio durante su gentilidad, pero, ¿cuáles eran los ritos que convertían a una mujer en esposa?. El primero de junio de 1537, el Papa Paulo III, por medio de una bula, Altitudi Divini Consilli, mandó que, cuando un indio hubiera tenido gentilidad con muchas mujeres, se quedase con la primera que tomó, y si no recordaba cuál, eligiese la que quisiera. Con tal situación, el obispo dispuso que en presencia del virrey Mendoza, o bien en presencia judicial se oyera a las partes y cuando se trataba de designar mujer legítima, se haría comparecer al indio y a todas sus mujeres

27 Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. México, 1949. Editorial Polis, pp: 584 y sigs.

para que éstas alegaran y probaran sus pretensiones.

Los aztecas, en los aspectos de la vida diaria, tenían notorias diferencias entre el pueblo en general y las clases que podríamos considerar altas.

Según Jacques Soustelle (28), desde los veinte años el adolescente podía contraer matrimonio, y sólo a los grandes dignatarios se les permitía mantener una situación de varias concubinas, sin contraer oficialmente matrimonio. Esto obedecía a que sólo ellos podían tener una vida relajada, dedicada a la comodidad y las actividades que les eran encomendadas eran triviales, no requerían de enorme atención personal. Un ejemplo de ellos, lo encontramos en Netzahualcoyotl, quien además de satisfacer sus inclinaciones poéticas, dábbase tiempo para los placeres del sexo, llegándose a contar que tenía más de mil concubinas.

Como en todas partes del mundo, la evolución social fué poco a poco tomando en consideración la voluntad de los contrayentes, ya que en el caso de los aztecas se resolvía el matrimonio por intereses de familia, salvo raros casos en que el padre quería agrandar al hijo y éste le hacía saber qué mujer era la que le gustaba.

La práctica era acudir al tepochcalli (casa de jóvenes), en donde hombres y mujeres podían intercambiar opiniones relativas a la vida sentimental, e incluso tener relaciones sexuales, ya que ahí se encontraban jóvenes amancebadas que conocían y divulgaban su saber y experiencia acerca de los placeres que en el calmecac (especie de monasterio) estaban prohibidos, ya que el ascetismo que practicaban sus alumnos era contrario a esta clase de intercambio sexual.

Sin embargo, contraer matrimonio entre los aztecas, significaba haber alcanzado el estado de adulto. Para ello era necesario liberarse del calmecac o del tepochcalli, obteniendo el permiso de los preceptores, por lo que la familia ofrecía un banquete en honor

---

28 Soustelle, Jaques. Histoire Sacréé Du Aztéques. Paris, 1975 . Editions J'ai lu. pp: 31 y sigs.



del nuevo hombre.

La ceremonia era muy simbólica, se obsequiaba al nuevo adulto con opíparos alimentos, se le ofrecían pipas y alcohol, se realizaba un interesante rito en donde el padre entregaba al hijo un hacha pulimentada y al aceptarla éste, los maestros liberaban al alumno, dejándole entre otras cosas la oportunidad de contraer matrimonio.

El matrimonio se pactaba a través de las cihuatlanque, unas ancianas que mediaban entre familia y familia.

En la primera visita era obligada la negativa de los padres de la muchacha.

Se continuaban las entrevistas, hasta que finalmente el padre aceptaba, pidiendo entonces que la parentela tuviera conocimiento de la decisión. Posteriormente se fijaba un día favorable (ácatl, ozomatli, cipactli, quautli o calli) y se empezaban los preparativos, celebrándose ceremonias en la casa de la novia y del novio. El día de la unión, la novia era pintada de amarillo y adornada con plumas rojas.

El padre entregaba a la hija con palabras solemnes, recibiendo, después, un agradecimiento por parte de la hija por el trato que se le había dado en su casa.

Se iniciaba una procesión a la casa nueva de la muchacha, variando en lujo según el poder económico.

El momento formal para considerarlos esposos era cuando en la ceremonia se ataba la manta del novio y la blusa de la novia y dábanse de comer tamales uno a otro.

En las familias nobles se bendecía cuatro veces con agua a los esposos y cuatro con octli y la novia adornaba su cabeza con plumas blancas.

El dispendio de estas ceremonias era grande, por lo que la gente

pobre se unía secretamente y realizaba únicamente lo indispensable para obtener las excusas del padre.

Podríamos considerar que entre los aztecas existía un período de transición entre la monogamia y la poligamia, ya que existían concubinas aceptadas libremente y una esposa legítima.

También surgió la costumbre de casarse con la viuda del hermano, que recuerda el levirato hebreo. Los matrimonios podían celebrarse bajo condición resolutoria o por tiempo indefinido; las condicionales duraban hasta el nacimiento del primer hijo, en cuyo momento la mujer podía optar por la transformación del matrimonio en una relación por tiempo indefinido, pero si el marido se negaba, terminaba ésta.

Predominaba el sistema de separación de bienes, combinado con la necesidad de pagar un precio por la novia o bien a veces recibir dote por parte de ésta.

Para los mayas el matrimonio era monogámico, pero con gran tendencia al repudio, por lo que se presentaba una especie de poligamia sucesiva (29). Tenían tradición exogámica, esto es, dos personas del mismo apellido no podían casarse. El novio entregaba a la familia de la novia ciertos regalos que simbolizaban una especie de precio, figura distinta a la dote y que todavía en lugares mayas se manifiesta como costumbre llamada haabcab, también el novio trabajaba un tiempo para su futuro suegro.

Los matrimonios se concertaban a través de los ah atanzahob, así como los arreglos patrimoniales.

El papel de la mujer en la familia y en la vida comunal no era prominente, no hallándose en esta cultura vestigio de matriarcado, salvo la función de la profetiza, pero esta mujer no entraba en templos.

29 Margadant, S. Floris G. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, México, 1978. Editorial Esfinge, S.A. pp: 12,13 y sigs.

12 Epoca Colonial en México.

La iglesia modificó notablemente los principios que dominaron en las relaciones familiares, comenzando por el matrimonio, exigió desde luego, que el matrimonio fuera estrictamente monogámico e indisoluble, según el texto evangélico "quod deus conjunxit, homo non separet", y elevando la institución a la categoría de sacramento fue a la vez vínculo de amor y de obligaciones religiosas, dignificando la unión en los sexos.

Roma no conoció más que una clase de impedimentos, mismos que he redó a otros muchos países que lo adoptaron. Salvo en el caso de la viuda que pasaba a segundas nupcias, durante el luto del marido, todos los otros impedimentos daban la nulidad del matrimonio. (30).

En materia de impedimentos, la iglesia estableció una distinción entre impediétes y dirimétes. Los primeros hacían el matrimonio ilícito; los segundos, lo nulificaban. Entre los primeros se cuentan la falta de consentimiento de los padres y los esponsales con otra persona, el voto de castidad, la orden del superior eclesiástico de no proceder al matrimonio hasta obviar algunos inconvenientes, las prohibiciones de la ley civil y la época del adviento, cuaresma, etc. Los dirimétes, eran de dos clases: relativos, que sólo atañen al derecho de las partes y absolutos, que se refieren a la disciplina del matrimonio. Los impedimentos dirimétes relativos: la violencia, el error, las reservas mentales contrarias a los fines del matrimonio, la impotencia anterior al acto ignorada por el otro contrayente, y en relación al rapto, éste no sólo anulaba el matrimonio, sino que lo impedía entre raptor y raptada, pero tal prohibición desapareció después. Los impedimentos dirimétes absolutos eran: La diferencia substancial de religión, por ejemplo, entre judíos y cristianos, pero no entre cris-

trianos de distinta comunión si al menos hubiera solemnidad en el bautizo. Lo eran también el voto solemne de castidad de las ordenes mayores y la profesión religiosa, el adulterio cuando se hubiera atentado contra la vida del cónyuge, que nulificaba el matrimonio del homicida y el cómplice, el parentesco en línea directa y en la colateral entre hermanos.

El Fuero Real y Las Partidas, concuerdan substancialmente con todo esto y además exigían que la mujer obtuviera el consentimiento del padre y de la madre, para realizar el matrimonio, y si ambos estuvieran muertos, el de los hermanos, bajo pena de desheredación, como en el derecho germánico, a no ser que la causa del disenso de los hermanos, fuera la codicia de la herencia.

Los esponsales tuvieron tal importancia que se les llegó a considerar como condición suspensiva y el matrimonio sujeto a éstos. Los esponsales eran un contrato celebrado entre el padre o el que lo substituía y quien aspiraba a la mano de la dondella; sólo así adquiría el derecho a que le fuera entregada la esposa quedando ya ésta sujeta a su potestad. El plazo que media entre los esponsales y la boda hacía que, como en el Poema del Cid, se le llamara esposa primero y celebrado el matrimonio, se le llamara mujer. Primero se realizaba la traditio entre el padre y el esposo, después el padre entregaba a la esposa al sacerdote, para que éste realizara la traditio. Si la esposa no se llegaba a casar con la persona que le había designado el padre y lo hacía con otro, la falta era tan grave que según el liber, la esposa y el que se había casado con ella, debían ser entregados a aquel con quien no se había desposado.

Tal rigor fue después atenuado, pues ya en el Fuero Viejo el rompimiento de los esponsales sólo traía para la desposada la consecuencia de perder lo que el esposo le hubiera dado, a no ser que éste la hubiera besado, pues entonces sí lo conservaba. En cuanto a la ritualidad del matrimonio, que se consideraba como un sacramento, aún así bastaba que los contrayentes manifestaran su volun

tad de unirse públicamente "concejeramente e non a forts", para que éste pudiera ser probado por muchos y por consiguiente legal. La iglesia consideraba oficiantes en el caso, a los mismos esposos y el sacerdote era sólo un testigo, cuyas funciones podían ser desempeñadas por otros; sólo después del Concilio de Trento, el cura o sacerdote o bien en quien se delegaran esas funciones, eran los autorizados para testificar en el matrimonio, pero siempre la esencia de él radicó en el consentimiento de las partes.

El repudio, a pesar de la influencia germana y la separación por influencia de la iglesia sólo era concedido "quod thorum et habitationem". El concubinato era tan frecuente, que si la religión lo condenaba, las costumbres y la ley lo veían con tolerancia. El liber señala en los fueros municipales, una parte de gananciales a la barragana, pero en algunos de ellos se prohibía la barraganía dentro de los mismos grados de parentesco en que lo está el matrimonio. Los personajes ilustres no podían tomar por barragana a una mujer vil por nacimiento y ocupación. Si tal hicieren, los hijos serían espurios y sin derecho a herencia o alimentos. Los adelantados de una provincia podían tomar a una barragana, pero no a una mujer legítima, por prohibirlo las leyes, dentro de la provincia en la que habitaban. Si la mujer era honesta, el que la tomaba por barragana debía hacerlo saber así entre hombres buenos, pues de otra manera su unión sería considerada ilegítima por los jueces.

El matrimonio morganático, al lado del matrimonio legítimo con la plenitud de participación de bienes y preeminencias y distinción de clases no fue adoptado por leyes eclesiásticas, ni civiles. Era un matrimonio en el que la mujer siendo legítima no era elevada al rango del marido, ni los hijos heredaban el título y los honores de su padre. Tales matrimonios eran severamente criticados por las Partidas, como contrarios a la naturaleza del vínculo.

### 13 El Código Civil de 1870 en México.

En la exposición de motivos, se hace mención a un artículo expreso

en el que se prohíbe la renuncia a los derechos, teniendo como sanción la nulidad de pleno derecho, a no ser que exista una disposición en contrario que emane de dichas leyes prohibitivas, ya sea como regla general o como excepción que deba regir en determinado caso, esto es, copia del sistema del código civil napoleónico en lo relativo a nulidad. (31).

Por lo que se refiere al artículo 12 de éste código, se comenta en dicha exposición un principio universalmente reconocido, desde el Fuero Juzgo, hasta las Leyes de Toro, y que se ha venido repitiendo en toda la legislación española, brindando protección a todo ser humano desde que es concebido, independientemente de la capacidad jurídica que éste tenga, para efectos de legitimación, reconocimiento de hijos, tutela y sucesiones. Principio interesante en el Código es el que iguala la condición de mexicanos y extranjeros, dejando en algunos casos a elección del interesado la ley a la que en esencia quiera sujetarse, con la única condición de que cuando un acto se funde en una ley extranjera, se exigirá la prueba de que esa ley está vigente al contraerse la obligación, en el lugar donde se ejecute el acto, y es al Código de Procedimientos Civiles a quien arroja la regulación de dicha prueba. Por lo tanto, en lo que a nuestro tema se refiere, se podría escoger como ley que rigiera el acto del matrimonio, la ley del extranjero que lo estuviere contrayendo, y escapar así a cualquier ordenamiento de la legislación mexicana de esa época. La integración de la ley se realiza a falta de la ley expresa y se apelarà a la que se hubiere dictado para otra semejante; como segundo caso, a la legislación española y en tercer plano, a las demás legislaciones. En cuarto lugar se iría a la tradición de los tribunales; en quinto, a la doctrina de los jurisconsultos respetables; en sexto a las reglas generales de interpretación, reconocidas por todas las legislaciones y por último, a los principios generales del derecho.

El artículo 2º está redactado en términos generales, dejando a

---

31 Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Baja California. México 1870, Edic. Económica. Limpia y Correcta y Aumentada. México 1879. Tipográfica Aguilar e Hijos.

la ciencia y conciencia de los jueces la manera de suplir la laguna o el defecto de la ley.

Exposición de Motivos. Libro Primero.- De las Personas.

El artículo 23 de éste Código del 70 establece que el cambio de nacionalidad no produce efectos retroactivos en cuanto a la aplicación de una ley. Los artículos 24 y 25 del mismo, establecen que tanto los mexicanos como los extranjeros residentes en el Estado, pueden ser demandados ante los Tribunales del país, aunque las obligaciones contraídas lo hayan sido fuera de la República, y también pueden ser demandadas las personas ante los Tribunales extranjeros, aún cuando no residan en los lugares referidos, sí en ellos tienen bienes que estén afectos a las obligaciones contraídas, o si los actos deben tener ejecución en dichos lugares. El Título II habla de que el domicilio de la mujer casada será el del marido y en caso de estar confinado éste, se registrará el domicilio de la mujer por las reglas generales del domicilio. El título cuarto comprende la organización del registro del estado civil y su materia reglamentaria. Se denomina al juzgador, juez del estado civil (Art. 70) y se puede nombrar como suplentes de éstos a los jueces ordinarios, (en caso de falla absoluta) pero se establece que se suplirán entre sí los jueces, para no aumentar el número de funcionarios.

En las actas de nacimiento de los hijos legítimos de matrimonio no existía dificultad para su registro, pero sí la hubo en cuanto a los ilegítimos y se creyó, que por respeto a la familia y a la tranquilidad, se exigiera: a) Que no se hiciese constar el nombre de los padres, (sólo que ellos lo pidieren) pero se prohibió que constase el nombre de padre casado, si el hijo fuera adulterino, y en el caso de que la mujer fuera casada y viviera con su marido la prohibición absoluta de mencionar su nombre, aunque el padre fuese soltero. b) En el caso de que la mujer casada viva maritalmente y dé a luz un hijo adulterino, la ley no lo tiene por tal y

por lo mismo no debía figurar en registro más que el nombre del marido.

El capítulo cuarto hace mención a que el matrimonio es un contrato, recibiendo la influencia de las Leyes de Reforma, del Código de Napoleón y de la secularización del matrimonio, desvinculándo lo del matrimonio religioso.

Siguiendo con la exposición de motivos, el capítulo primero, del título V, versa sobre reglas del matrimonio, sus calidades y condiciones que la ley requiere para que se celebre. Marca como edad límite mínima para contraerlo, en el hombre de los catorce años y en la mujer los doce. Indica que sólo los padres, o los abuelos paternos deben dar consentimiento y es hasta los veintiún años, tanto en hombres como en mujeres, que se necesita del consentimiento del ascendiente, para contraer matrimonio.

En los impedimentos para contraer el matrimonio, el código de '70 es omiso con los de carácter religioso y se señalan los procedimientos para oponerse a los impedimentos, con términos cortos para promover, dejando expeditos los recursos legales para ello. Se declara válido el matrimonio entre extranjeros contraído fuera de la República, pero siempre que lo fuese conforme a las leyes del país en que se celebró. Con esta misma condición se declara válido el matrimonio celebrado entre mexicanos en el extranjero, entre sí, o con extranjero y mexicano.

Esto quedó condicionado a que el mexicano cumpliera con las disposiciones necesarias en materia de impedimentos, aptitud personal y consentimiento previo de quien deba darlo (según leyes mexi-nas), si se estaba en el caso, ya que la condición se fundó en que, era nulo el matrimonio contraído con infracción de las leyes mexicanas y no podía presumirse aunque se hubiese celebrado con las formas legales de otro país. De esta manera se colocó al mexicano en desproporción con el extranjero, puesto que se reconoció el ma



rimonio de extranjeros celebrado fuera de México, y no así en el caso de urgencia, esto es de muerte, se dispuso que el consentimiento para que un mexicano contrajese matrimonio con un extranjero, podían suplirlo los ministros o los cónsules mexicanos, o bien si se probaba que el impedimento era dispensable y que se dió a conocer a la autoridad ante quien se celebró el acto.

El matrimonio celebrado en el mar se rige por las mismas disposiciones, pero se debían trasladar las actas al Registro Civil correspondiente, dentro de los tres meses siguientes, contados desde que el mexicano hubiese regresado a la República, disposición que por cierto heredó nuestro código actual, generalizándolo y no importando si ese matrimonio se celebró en tierra, o en mar.

En el capítulo III, del título quinto, se habla sobre derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, mencionándose: a) fidelidad, b) la vida conyugal en común, c) la racional autoridad del marido, d) la justa prohibición para la mujer de enajenar sus bienes y de obligarse en general sin licencia del marido, y e) el modo de suplir dicha licencia, más f) los casos en que <sup>h</sup>es necesaria la declaración expresa de que el marido, quien es el legítimo administrador de los bienes, con las debidas restricciones para el caso de que ésta sea menor de edad. g) la mujer rica tiene la obligación de dar alimentos al marido pobre e impedido para trabajar, existiendo una reciprocidad de darse alimentos, tal y cual lo contempla nuestro Código Civil actual; h) la limitación impuesta a la mujer para seguir a su marido que sólo cesaba cuando así se hubiese pactado en las capitulaciones matrimoniales y cuando el marido se trasladaba a país extranjero, se prevenía a los cónyuges que debía estar sujeto a la protección de la ley mexicana.

El capítulo V del mismo título, trata del divorcio, pero no en relación al vínculo, ya que en este código el matrimonio es indi

soluble, pero sí en cuanto a la separación de los cónyuges, señalándose seis causas y de las cuales cuatro son delitos: a) adulterio, b) la propuesta del marido para prostituir a la mujer, c) el connato de alguno de ellos para corromper a los hijos, d) la calumnia, e) la sevicia, que casi siempre es delito y f) el abandono del domicilio conyugal. Desde luego, el adulterio de la mujer casi siempre será la causa del divorcio, pero cuando el marido ha ya cometido igual delito, queda a la prudencia del juez el decretar aquel. El adulterio del marido dará causa al divorcio, sólo en ciertos casos, ya que socialmente es menor el delito del hombre porque la mujer puede introducir sangre extraña a la descendencia. Este Código contempla el divorcio como un mal menor, para evitar la deshonra. Las reglas en éstos casos son tiempo y edad para pedirlo, siempre que las causas sean justas y el juez debía poner prudentes trabas en el juicio. Por escritura formal se arreglaba la suerte de los hijos y los recursos son para juicios de mayor interés. Se autoriza la separación por tres años, que pueden prorrogarse previo nuevo juicio, seguido con los mismos requisitos que el primero, para lograrlo se necesitó de un juicio. Por otra parte, no aceptó la comisión redactora de este código la demencia y la enfermedad contagiosa, como causales de separación, dejando al arbitrio del juzgador el suspender la cohabitación, sin tocar las demás condiciones del matrimonio.

En el capítulo VI se comenta (en la misma exposición de motivos), los matrimonios nulos y los ilícitos, dando procedencia a la nulidad del matrimonio, si se recae en la infracción a los artículos relativos a impedimentos y a las solemnidades esenciales, como la asistencia del juez y los testigos, las publicaciones y otras. En el mismo capítulo se menciona quiénes, cuándo y cómo se debe invocar la nulidad y se hace especial mención en cuanto al error, el miedo y la violencia, para contraer matrimonio. El matrimonio anulado producirá, sin embargo, sus efectos civiles, si se contrajo de buena fé, en favor de los cónyuges, mientras dure y siempre en

favor de los hijos. El matrimonio se presume válido, salvo sentencia ejecutoria que pueda disolverlo. El matrimonio es ilícito, en los casos en que se ha faltado a los preceptos que no afectan la esencia del contrato. El contrato de matrimonio en éstos casos se rá válido, pero los infractores tendrán multa o prisión , como penas conmutativas.

El artículo 159 define al matrimonio como : "la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

El artículo 161 obliga a que los pretendientes celebren el matrimonio ante los funcionarios que obliga la ley, con todas las formalidades que esa exige. El artículo 162, dice: "cualquiera condición contraria a los fines esenciales del matrimonio, se tendrá por no puesta". El artículo 163, indica cuales son los impedimentos para celebrar el contrato civil y que son: a) la falta de edad requerida por la ley, b) la falta de consentimiento del que conforme a la ley, tiene la patria potestad. c) el error, cuando sea esencialmente sobre la persona, d) el parentesco de consanguinidad legítimo o natural, sin limitación de grado y en línea recta, ascendente o descendente y en línea colateral se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la misma línea abarca a tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa, e) la relación de afinidad en línea recta, sin limitación alguna, f) el atentado contra la vida de uno de los casados, para casarse con el que queda libre, g) la fuerza o el miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad, h) la locura constante o incurable, y el matrimonio celebrado antes legítimamente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer matrimonio.

14 El Código Civil de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares en México.

El código establece en su artículo 11 que la capacidad jurídica se adquiere por nacimiento, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido, para los efectos declarados en este Código. El artículo 12 nos indica que las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias para los mexicanos del Distrito Federal y Territorio de Baja California, aún cuando residan en el extranjero, respecto de los actos que deban ejecutarse, en todo o en parte, en las mencionadas demarcaciones. El estatuto personal comprende todas las leyes relativas a la capacidad, estado civil y personalidad de los individuos, sigue al individuo donde quiera que se encuentre, aunque los actos que ejecute tengan consecuencias jurídicas fuera del lugar de su nacimiento. Por cierto, que comenta el maestro Pallares, que el párrafo infine de este artículo, limita los efectos del estatuto personal y no acepta, por tanto, la teoría de la integridad del mismo.(32).

El artículo 14, prescribe que respecto de la forma o solemnidades externas de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, regirán las leyes del país en que se hubieren otorgado. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito Federal o de Baja California, quedan en libertad para sujetarse a las formas y solemnidades prescritas por la ley mexicana, o en los casos en que el acto haya de tener ejecución en aquellas demarcaciones. El artículo 16, nos dice que las obligaciones y derechos que nazcan de los contratos, o testamentos otorgados en el extranjero, por mexicanos, se regirán por disposiciones de este código, en caso de que dichos actos deban cumplirse en las referidas demarcaciones. Aquella persona que funde su derecho en leyes extranjeras, deberá probar la existencia de éstas y que son aplicables al caso; el artículo 19, en relación con

---

32 Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales de 1884, Edic. Anotada y Concordada con la Legislatura vigente y la Nueva Ley sobre Relaciones Familiares, Méx., 1920, Edit. Herrero Hnos, Sucs.pp 15

el artículo 357 del Código de Procedimientos Civiles decía: "sólo los hechos están sujetos a prueba: el derecho únicamente estará cuando se funde en leyes extranjeras". La prueba consistía en pedir al ministro de la Secretaría de Relaciones o al cónsul extranjero, un ejemplar debidamente legalizado del código o ley que se trate probar, la interpretación la señala el artículo 20, cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por el texto, ni por el sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso.

El artículo 109, del capítulo VI, menciona los requisitos que se necesitan para contraer matrimonio y respecto a lo que se inscribía en el acta, señalaba que se deberían hacer constar los nombres apellidos, profesiones, domicilios, tanto de los contrayentes como de los padres, si éstos fueran conocidos. Iguales datos respecto a testigos, en número de dos por cada contrayente. La licencia de las personas cuyo consentimiento se necesitare para contraer matrimonio, o la constancia de que no era necesario. El certificado de viudedad, si alguno de los pretendientes hubiere sido casado y la dispensa de impedimentos en su caso. Este artículo fué substituído por el artículo I de la Ley de Relaciones Familiares, en donde se autoriza a que las personas que pretendan contraer matrimonio, a presentarse personalmente, o por medio de apoderado, legítimamente constituído ante el juez del estado civil, a que esté sujeto cada uno de los pretendientes, con la modalidad de que debían hacer constar que no tenían impedimento legal para contraer matrimonio, y en dicha solicitud debía constar la firma de dos testigos vecinos del lugar y que conocieran a los contrayentes por más de tres años, asimismo acompañar constancias de médicos en relación a que no padecían ninguna enfermedad y que se encontraban en toda salud con respecto a sus facultades mentales.

La definición que el código da de lo que es el matrimonio : "El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola

mujer, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Este ordenamiento no reconoce esponsales de futuro y en la Ley de Relaciones Familiares se menciona que, la promesa de matrimonio, no obliga a celebrar el contrato, pero sí obligará al que la hace a responder a la otra parte de los daños y perjuicios que le ocasionare, por la falta de cumplimiento de dicha promesa. Cualquier condición contraria a los fines del matrimonio, se tendrá por no puesta. El código en mención declara que son impedimentos para contraer matrimonio: 1) la falta de edad, requerida por la ley, cuando ésta no haya sido dispensada. 2) la falta de consentimiento del que conforme a la ley, tiene la patria potestad, o del tutor, o el juez, en sus casos respectivos. 3) el error, cuando sea esencialmente sobre la persona. 4) el parentesco por consanguinidad, legítimo o natural, sin limitación de grado, haciéndose extensión al de afinidad. 5) el atentado a la vida en contra de alguno de los dos casados, para casarse con el que queda libre, 6) la fuerza o el miedo graves, 7) la locura constante e incurable y 8) el matrimonio celebrado antes legítimamente con otra persona distinta de aquella con quien pretende contraerse.

La Ley de Relaciones Familiares, añadió aparte de estas causales: La embriaguez habitual, la impotencia por causa física, siempre que sea incurable, la sífilis, la locura y cualquier otra enfermedad física crónica e incurable, que sea contagiosa o hereditaria. Por otra parte, el fraude, las maquinaciones o artificios para inducir a error a alguno de los contrayentes, siempre que versen sobre hechos substanciales, que si hubieran sido conocidos de la otra parte no habría consentido en celebrar matrimonio, y que dichos hechos se prueben por escrito procedente de la parte que empleó el fraude, las maquinaciones o los artificios. En relación a la edad, es la misma que fija el código de 1870, catorce años para la mujer y dieciseis en el hombre, así como el requerimiento del consentimiento por escrito, hasta el cumplimiento de los vein

tiuno en ambos sexos pudiendo otorgarlo a falta de padres, el abuelo paterno, a falta de éste, el materno, a falta de ambos, el de la abuela paterna y finalmente el de la abuela materna. Faltando abuelos y padres, el consentimiento será de los tutores y la Ley de Relaciones Familiares señalaba en su artículo 20, que podrá suplir ese consentimiento, el juez de primera instancia. Otra situación que contempla el Código de 1884, es que si el matrimonio se celebra en contravención a lo dispuesto por los artículos anteriores, el juez nombrará inmediatamente tutor interino que reciba los bienes y los administre, mientras se obtiene la dispensa, quedando igual dicho ordenamiento, en el artículo 25 de la Ley de Relaciones Familiares.

En cuanto a la aplicación territorial del derecho internacional privado, tenemos que el artículo 174, menciona que el matrimonio celebrado entre extranjeros, fuera del territorio nacional y que sea válido con arreglo a las leyes del país en el que se celebró, surtirá todos sus efectos civiles en el Distrito Federal y Territorio de Baja California. Esta disposición quedó igual en el artículo 26, de la Ley de Relaciones Familiares.

El diverso 175 también dice que el matrimonio celebrado entre extranjero y mexicano en el extranjero, producirá sus efectos civiles en el territorio nacional, si se hace constar que se celebró con las formas y requisitos exigidos en el lugar donde se contrajo, y que el mexicano que ha contravenido las disposiciones de éste código, relativas a impedimentos, aptitud para contraerlo y consentimiento de ascendientes, tenía como sanción que su matrimonio era nulificado y la misma redacción quedó en el artículo 27 de la Ley de Relaciones Familiares. .

El artículo 177 alude a que en caso de peligro de muerte próxima y no habiendo en el lugar ni ministro, ni cónsul, que pueda celebrar el matrimonio, podía efectuarse y sería válido, siempre que se justificara con prueba plena que concurren las circunstan-

cias mencionadas, y además si hubiere impedimento, éste era susceptible de dispensa y que se dió a conocer al funcionario que autorizó el contrato. Igual quedó en el diverso 29 de la Ley de Relaciones Familiares. Dispuso el artículo 179, que dentro de los tres meses después de haber regresado a la República, el que hubiese contraído en el extranjero un matrimonio, con las circunstancias que se especifican, debía trasladar el acta de la celebración al Registro Civil del domicilio del consorte mexicano. La falta de la inscripción no invalidaba el matrimonio, pero mientras no se hiciera, el matrimonio no produciría efectos civiles y así igualmente quedó en la Ley de Relaciones Familiares.

En el capítulo III se aludió a los derechos y obligaciones que nacían del matrimonio y eran: fidelidad; el contribuir cada uno por su parte a los objetivos del matrimonio y el socorrerse mutuamente. El artículo 189 quedó igual en el diverso 40 de la Ley de Relaciones Familiares. El 190 marcó que la mujer estaba obligada a vivir con su marido y el 41 de la Ley mencionada, añadió que no estaba obligada a hacerlo cuando éste se ausentare de la República, o se estableciere en lugar insalubre, o no adecuado a la posición social de la mujer. (Nótese la influencia burguesa social de la época hacia 1917). El marido debía dar alimentos a la mujer, aunque ella no hubiese llevado bienes al matrimonio, y añadió la Ley de Relaciones, que el marido debía hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, pero si la mujer tuviera bienes propios, o desempeñase algún trabajo o ejercitara alguna profesión, o comercio, debería entonces contribuir para los gastos de la familia, pero la parte que le correspondía no debía exceder de la mitad de dichos gastos, a menos que el marido estuviera imposibilitado para trabajar y no tuviera bienes propios, pues entonces todos los gastos serían por cuenta de la mujer y se cubrirían con los bienes de ella. El artículo 192 indicó que, el marido debía proteger a la mujer y ella estaba obligada a obedecerlo, así en lo doméstico, como en la educación de los hijos y en la administración de los bienes. Una observación interesante



a la Ley de Relaciones Familiares añadió que, la mujer y el marido tendrían consideraciones y autoridad iguales en el hogar, de común acuerdo y así en lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos, como a la administración de los bienes que les pertenecieran, y en caso de que no fuese así, decidiría por ellos el juez de primera instancia, sin formalidades, ni solemnidad alguna, procurando ponerlos de acuerdo, y en caso de no lograrlo, él decidiría lo más conveniente al interés de los hijos. El contenido del artículo 44 aludió a que la mujer tenía la obligación de atender a los asuntos domésticos, por lo que quedaba especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos, así como del gobierno del hogar. Sólo necesitó la licencia del marido para prestar servicios personales a favor de persona extraña, o: servir en un empleo, ejercer alguna profesión o establecer un comercio. La licencia debía constar por escrito, estableciendo la fecha límite de vigencia, entendiéndose si no se fijaba, y al revocar la licencia, el marido debía hacerle saber a su mujer ello por escrito y con dos meses de anticipación.

En el código de 1884 el marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio y es el representante de su mujer; para comparecer ella a juicio, necesitaba de autorización por escrito del marido, para proseguir con las instancias del juicio que se le siguiera y el permiso otorgado servía para todas las instancias, a menos que se le hubiese dado en especial para una sola, lo que se presumía si no se expresaba. La mujer no podía adquirir a título oneroso, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos especificados por la ley. En la Ley de Relaciones Familiares, existió prohibición expresa para que la mujer contratara con el marido, o para transmitirle, o adquirir de él, bienes raíces, derechos reales o cualesquier otra clase. Tampoco podía ser fiador de su marido, ni obligarse solidariamente con él, pudiendo la mujer, en caso de haber puesto como administrador a su marido de sus bienes, revocarle el poder cuando así le conviniera, exigirle

cuentas, como si fuera mandatario extraño. Las excepciones en el código de '84 a la licencia otorgada por el marido, eran: Que la mujer no necesitaba licencia para defenderse en juicio criminal ; para litigar con su marido; para disponer de sus bienes por testamento; cuando el marido estuviere en estado de interdicción , o bien cuando él pudiere otorgar licencia por causa de enfermedad ; cuando estuviere legalmente separada, o cuando tuviere establecimiento mercantil. La nulidad que se invocase en este sentido, por falta de licencia, la podían oponer el marido o los herederos de ambos únicamente.

La necesidad recíproca de darse alimentos aún en el caso de divorcio no cesaba y no dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer otro matrimonio, sino que sólo los separaba y fue en la Ley de Relaciones familiares donde se estableció el divorcio vincular, quedando en aptitud de contraer otro matrimonio los divorciantes.

## C A P I T U L O    I I

1.- Significación Gramatical. 2.- Naturaleza Jurídica del Matrimonio. 3.- Conceptos Doctrinales. 4.- Nociones Jurisprudenciales. 5.- Concepto que se desprende de la Legislación Actual. 6.- Concepto que se propone. 7.- Elementos de la definición.

I Significación Gramatical.

La palabra matrimonium proviene del latín: Matrís, madre y monium, cargas, o sea que el significado etimológico del matrimonio, parece comprender la maternidad. Aún en el Derecho Canónico se respeta tal concepto, como puede observarse en las famosas Decretales del Papa Gregorio IX, en el año de 1227. En ellas la compilación canónica estimaba al matrimonio en función de la maternidad, siempre cierta, que a la mujer le era onerosa, antes del parto, dolorosa en el parto y gravosa después del parto. Paralela a esta connotación, se encuentra la obligación del padre acerca de la conservación y administración de los bienes de fortuna, incluyendo los que corresponden a la madre. Por ello se llama al conjunto de bienes de familia, patrimonio (1).

Sin embargo, no todos los tratadistas aceptan la denominación dada y argumentan que viene de la palabra maritare, forma verbal de maritus, marido; más maris, el varón. En el español antiguo, hoy palabra desusada: maridaje; en italiano, maritaggio, en catalán, maritadge, en francés, marriage, al igual que en inglés, marriage, pero en su acepción sociológica, matriem munis, que tiene inspiración en la defensa y protección de la madre. Para Santo Tomás, matem, monens, (aviso a las madres para que no abandonen al marido), matre y nato, porque mediante él, la mujer se hace madre. Monos y materia: La unión en una sola carne (2) definición que acepta el derecho canónico, puesto que el hombre y la mujer se funden en uno para realizar así la prolongación de la especie.

---

1 Magallón Ibarra, Mario. El matrimonio, sacramento, contrato, institución. México, 1965. Tipográfica Editora Mexicana, S.A. pp: 13 a 15 y sigs.

2 Ob. Cit. pp: 7,8.

## 2 Naturaleza Jurídica del Matrimonio.

Según diversos tratadistas, el matrimonio ha sido considerado como: A.- Institución. B.- Acto jurídico-condición. C.- Acto jurídico mixto. D.- Contrato ordinario. E.- Contrato de adhesión. E.- Estado jurídico. F.- Acto de poder estatal.

### A El matrimonio como institución.

Observado desde las formas que lo rigen de carácter público fuera del consentimiento de las partes, es una institución jurídica, con junto de normas de igual naturaleza, que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Tomando en consideración lo antes expuesto, Von Ihering, explica que las normas forman verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios, dentro del sistema total que constituye el derecho positivo. (3).

La palabra institución proviene del latín institutio: institutionis y significa el establecimiento o fundación de una cosa, (inicio o principio de ella). Cada una de las organizaciones fundamentales de un estado o nación o sociedad, etc., pero debemos tomarlo en su acepción de: fundar, establecer una cosa nueva, ya que en el matrimonio encontramos precisamente un conjunto de principios, una colección metódica de elementos sociales, que regulan dentro de la idea del propio matrimonio y que, mediante él puede fundarse la base orgánica de la familia, estableciéndose una nueva célula social.

Hariou, analiza la institución y sostiene que es una idea de obra, que se realiza y dura jurídicamente, en un medio social. Un análisis de lo que esta idea podría significar, es una común finalidad, la que persiguen los consortes, para constituir una familia, creando un estado permanente de vida, que se da entre los mismos. Para lograr esa finalidad que persiguen los cónyuges, se organiza un poder, que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección del grupo, pues comunidad, exige necesariamente, tanto un poder de mando, como un principio de disciplina social.

---

3 Rojina Villegas, Rafael. Compendio de derecho civil. Introducción, personas, familia. México, 1976. Editorial Porrúa, S.A. primer tomo pp: 172 y sigs.

Actualmente, según el análisis de nuestra legislación, en el matrimonio los dos consortes se convierten en órganos de poder igualitario. Por otra parte es importante analizar el estado de vida común que tiene significación, tanto jurídica, como social y la estructuración normativa, a través de la cual se establecen finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma, que se inicia con la celebración del acto jurídico.

Bonniecasse hace mención a que: " el hombre es una persona, es decir, una voluntad libre..." (4) y en esa idea se basan los autores del siglo XIX, sobre todo los del proyecto del código civil francés, instituyendo en ese cuerpo de leyes, un mayor número de disposiciones en las cuales, la voluntad tiene un juego determinado, limitando las reglas imperativas y permitiendo un desenvolvimiento mayor a las leyes declarativas o supletorias, sosteniendo el autor, que las imperativas son aquellas cuya observancia es obligatoria, y las declarativas o supletorias, las que adquieren eficacia por voluntad de las partes, de las cuales emanan y de las mismas depende también su observancia y cumplimiento.

#### B El matrimonio como acto jurídico-condición.

Distinguiendo con Leon Duguit, el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición, el autor nos dice 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 estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas y que continuamente se están renovando..." (5) Por virtud del matrimonio, se condiciona la aplicación de un estatuto, que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad, es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico, que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas duraderas (6).

Estos actos necesarios para que una situación jurídica general se

4 Rojina, V. op. cit. pp. 189 y sigs.

5 Rojina, V. op. cit. pp. 201, 202 y sigs.

6 Ortíz Urquidí, Raúl. Matrimonio por comportamiento. Tesis doctoral. México, 1955. Edit. UNAM. pp. 23 y sigs.

aplique a un caso individual, se designan con el nombre de actos condición, significándose en esa expresión la aplicación de norma general (7).

#### C El matrimonio como acto jurídico mixto.

Debiéndose distinguir los actos jurídicos privados, públicos y mixtos, intervienen en los primeros sólo los particulares, en los segundos la intervención es de los órganos estatales y en los terceros, la combinación de ambos: particulares y órganos del estado, manifestando su voluntad. En el matrimonio convergen las voluntades de los consortes, así como la del juez del registro civil ya que éste último, desde el punto de vista jurídico, si omitiese alguna declaración como es la de considerar unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste dejaría de existir como acto jurídico.

Ripert y Planiol, (8), sostienen que: "la única concepción que responde a la realidad de las cosas, es la concepción mixta: El matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución". En derecho antiguo, era considerado como un contrato y sacramento a la vez.

En el acto jurídico del matrimonio concurren relaciones privadas y públicas, el juez del registro civil desempeña un papel constitutivo y no declarativo, cosa muy diferente se da en el derecho canónico, en donde el sacerdote se concreta a dar la bendición nupcial y su papel se limita, por tanto, a ser un testigo de calidad.

#### D El matrimonio como contrato ordinario.

En esta tésis se divide al matrimonio civil, del religioso, pues tanto en el derecho civil, como en la doctrina, se le ha considerado como un contrato, en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez del acto jurídico. En este caso, la manifestación de la voluntad de los cónyuges ante el juez del registro civil, es un elemento esencial. Planiol y Ripert, al considerar el ma-

7 Rojina V. ob. cit. pp: 177,283,285,286 .

8 Rojina V. ob. cit. p.176.

rimonio como un acto complejo, también le reconocen su naturaleza contractual.

En cambio Ruggiero opina: "hay que reaccionar contra esta tendencia, negando al matrimonio el carácter de contrato, pues no basta que se dé en aquél un acuerdo de voluntades, para afirmar, sin más, que sea un contrato, aunque ellos constituyan la categoría más amplia de tales negocios."

Precisamente las normas no sólo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demostrando la radical diferencia que media entre contrato y matrimonio. En el matrimonio, no se pueden ni estipular condiciones, ni términos, ni adicionar cláusulas o modalidades, ni disciplinar relaciones conyugales, de modo contrario a la ley; la libertad no surge, sino cuando se trata de intereses patrimoniales y aún en tal caso, se encuentra limitado.

Siguiendo al tratadista Bonnecase, en su obra "la filosofía del código de Napoleón, aplicada al derecho de familia",<sup>(9)</sup> sostiene que la tesis contractual, es totalmente falsa y encuadra la naturaleza del matrimonio, en la tesis institucional. Contradice a Planiol que sustenta una concepción del matrimonio-contrato y analiza que, dentro de los trabajos preparatorios del código de Napoleón, los redactores no lograron sustraerse a la creación de la idea del matrimonio-contrato, aún cuando resaltan algunas diferencias, mismas que tuvieron influencia en las ideas de Rousseau, en el contrato social. Así define Pothier a esa institución: "el matrimonio es el más excelente y antiguo de todos los contratos, aún considerándolo únicamente en el orden civil, porque la sociedad está más interesada en él, y es el más antiguo porque fué el primer contrato que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo formado a Eva de una de las costillas de Adán, y la hubo presentado a éste, nuestros dos primeros padres celebraron un contrato de matrimonio, puesto que Adán tomó a Eva por esposa..."<sup>(10)</sup>.

Bonnecase considera, que en las reglas que rigen al matrimonio no

9. Rojina V. ob. cit. pp: 214 y sigs.

10. Ortíz Urquidí: ob. cit. pp: 98 y sigs.

hay cabida para el principio de autonomía de la voluntad en lo que se refiere a sus efectos y disolución. En cuanto a los efectos, sos tiene que el artículo 1153 del código de Napoleón, no tiene aplicación en materia de matrimonio como contrato, ya que los consortes no pueden alterar el régimen del mismo, estipulando derechos y obligaciones distintos a los que imperativamente determina la ley.

Rojina Villegas sostiene que, el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participa en forma constitutiva el juez del registro civil. Cabe señalar además, que tanto la legislación de 1884, como el código de 1870, así como la Ley de Relaciones Familiares de 1917, consagraron al matrimonio en su definición como contrato, única y exclusivamente con el propósito de distinguirlo del derecho canónico, negando el principio consagrado de hacer del matrimonio un sacramento para darle un carácter estrictamente civil. Por ello el artículo 130 de la Constitución de 1917, reafirma al matrimonio contractual y da la competencia exclusiva a los funcionarios y autoridades del orden civil para conocer del mismo; pero no es la intención del legislador equipararlo al régimen general de los contratos.

En nuestro derecho se considera como acto solemne, de tal manera que requiere para su existencia que se levante el acta matrimonial en el libro correspondiente, con el conjunto de formalidades que exige el código civil y frente al juez del registro civil, debiendo declarar dicho funcionario que se encuentran unidos en matrimonio a los contrayentes.

El código sustantivo vigente, no define al matrimonio, pero sí los fines del mismo, conservando una disposición que en cierta forma contradice la garantía plasmada en el artículo cuarto constitucional, y nos referimos al artículo 147, que prohíbe toda estipulación contraria a la perpetuación de la especie, se tendrá por no puesta, siendo que en la garantía mencionada se da derecho a los consortes a que planeen el número y espaciamiento de sus hijos de



manera libre, responsable e informada, dejando al arbitrio de los consortes el derecho de que si a sus intereses conviene, pacten libremente no tener hijos. Ahora el diverso 182 del ordenamiento primeramente indicado, establece que todos los pactos son nulos, si los esposos lo hicieren en contra de los naturales fines del matrimonio, entre los cuales, sostenemos que, en la actualidad no esta la procreación, más que como fin secundario. Comentando la Reforma que se hizo al artículo cuarto de la Constitución, Párrafo in fine, se dice que: de manera libre, responsable e informada, se permitirá que los cónyuges determinen el número de hijos y con cual espaciamento deberán tenerlos, dando así libertad a los consortes para pactar sobre uno de los fines del matrimonio, que podría considerarse como natural, sin embargo, ni aún así, se puede dar el carácter contractual a la institución misma, ya que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que conlleva el matrimonio, afectaría gravemente el interés público, pues la familia como Bonnecase afirma, es un todo orgánico regido por el derecho y no creado por él. El elemento que él usa para su estructuración, es el matrimonio. De ahí concluye, inspirándose en Savigny que, sólo el derecho, con sus reglas coercitivas y secundado por la moral, puede bajo el nombre de matrimonio, dar a la familia una organización social, conforme a su esencia. Así se lanza apoyándose no en Harriou, sino en Ihering en favor del matrimonio-institución, siguiendo la técnica jurídica de relacionar las nociones de situación jurídica, regla de derecho, relación de derecho, acto jurídico y el hecho jurídico mismo y al citar la regla de derecho como una norma de conducta exterior, y anterior a las relaciones del hecho que van a regir al matrimonio, se convierte en acto jurídico, por estar tutelado y protegido por el derecho.

Señala Bonnecase que, el matrimonio no es ni relación, ni regla de derecho, pues del acto jurídico se derivan los derechos y obligaciones de los esposos al manifestarse la voluntad de unirse y por tanto, es distinto a una simple relación de derecho, puesto que

comprende y engendra multiplicidad de funciones. Completa la idea sólo una noción más compleja, la institución jurídica que en sí representa y que complementa sus efectos por otra noción, la de la situación jurídica (11) .

Inspirándose en el espíritu romanista, el maestro agrega que, la institución jurídica no es simplemente una reunión de disposiciones aisladas aplicables a una sola relación, sino que tiene vida independiente. Las disposiciones del Derecho son masas de materias, de ideas cuya existencia es substancial genéricamente hablando, en cambio, las instituciones jurídicas tienen existencia individualmente lógica, son seres jurídicos que conservamos y animamos, mediante una particularización individual. (12) .

En el caso concreto que se analiza, apliquemos la idea del decano de Toulouse. La institución es una obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social y para la consecución de sus fines organiza un poder con órganos. Además de que entre los miembros del grupo social interesado en la realización de tal empresa se producen manifestaciones de unidad de propósito, dirigidas por el poder y reglamentadas por determinados procedimientos.

Tomada en su acepción gramatical, la palabra institución es una colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, arte, etc., y precisamente en el matrimonio, encontramos un conjunto de principios, una colección metódica de elementos sociales y jurídicos, que se regulan dentro de la idea del propio matrimonio y que mediante él, al celebrarse, se funda la base orgánica de una nueva familia.

#### Primer elemento diferencial:

El contrato se desanuda, de acuerdo a como se forma, es decir, puede desintegrarse por medio de la voluntad que intervino para su formación. La institución es irrevocable, escapa de sus fundadores, tiene vida independiente, deja de depender de sus creadores,

11 Magallón Ibarra. ob. cit. pp: 289 y sigs.

12 Rojina V. ob. cit. p.211.

contratos de adhesión, una parte tiene que aceptar simplemente los términos de la oferta de la otra, sin la posibilidad de variarlos. En el caso del matrimonio se estima el interés público, ya que el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes, simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo a sujetos determinados.

#### El matrimonio como estado jurídico:

Siguiendo al Maestro Rojina Villegas (13), el matrimonio 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 a la vez una situación jurídica permanente, que rige la vida de los consortes, y un acto jurídico mixto, desde el punto de vista del momento de su celebración. Evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, ya que crea una situación jurídica permanente, que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio es un estado de derecho, en oposición a los simples estados de hecho.

El doctor Magallón, sostiene que el estado matrimonial es el conjunto de derechos y obligaciones que nacen del mismo. Este criterio es el sustentado en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su título quinto, capítulo tercero, artículos 162 al 177. (14).

#### El matrimonio como acto jurídico.

Para esto debe acudirse a la teoría general del acto jurídico, ya que es evidente que el matrimonio es un acto jurídico y un ejemplo de su forma sistemática y ordenada; la encontramos en el Código Civil del Estado de Morelos de 1946.

13 Rojina V. ob. cit. p.218

14 Magallón I. ob. cit. p.306.

Elementos esenciales del acto jurídico; los de fondo:

El consentimiento, y no se menciona la voluntad, dado que ésta se clasifica así para los efectos de los actos jurídicos unilaterales, mismos que en lo particular considero no existen, ya que el acto jurídico deberá analizarse no sólo desde la manifestación de la voluntad, sino desde las consecuencias jurídicas que se producen y que deben rehacer a esa manifestación.

El objeto que pueda ser materia del acto, que en la actualidad y atenta la reforma al artículo cuarto Constitucional. Se traduce en una comunidad plena de vida, con sus consecuencias jurídicas y cuyas obligaciones fundamentales serán la cohabitación, fidelidad, ayuda mutua y el débito conyugal, creándose derechos y obligaciones recíprocos entre cónyuges.

La doctrina señala un tercer elemento, o sea, la norma de derecho que sanciona el consentimiento de las partes para la producción de los efectos deseados y que no se encuentra recogida en la fracción III del artículo 234, del Código Civil Morelense.

El elemento esencial de la forma se refiere a actos cuya existencia material no es solemne, pero como el caso a estudio, sí lo es, su omisión daría origen a la inexistencia formal del matrimonio, ya que aunque una pareja lleve una vida marital en común, procreen hijos y conlleven todos los deberes y derechos del matrimonio, si no acuden al juez del Registro Civil para formalizar y solemnizar su acto, su unión será inexistente y sólo se reconocerá como concubinato.

Elementos de validez del acto jurídico:

I.- La capacidad; II.- La ausencia de vicios de la voluntad; III.- La licitud en el objeto, motivo, fin, condición del acto; y IV.- La forma, no la solemnidad que no es elemento de validez, sino de existencia, como lo establece el Código Civil del Distrito Federal, en su artículo 1794.

Analizando los apartados, tenemos que: El primero, o sea el consentimiento de las partes, desde luego e inequívocamente debe manifestarse ante quien corresponda, puesto que sin esa formalidad no existe el acto jurídico. El segundo, es el objeto de la institución, que consiste en la unión y convivencia de un solo hombre con una sola mujer, para hacer nacer entre ellos determinadas obligaciones y derechos. Se hace mención expresa aquí, que no constituye un elemento esencial y directo del matrimonio, la perpetuación de la especie, en virtud del mencionado artículo cuarto constitucional, que deja en libertad a los consortes para que decidan si deben o no tener hijos, cuando y como, además de que puede acontecer que una pareja de ancianos contraiga matrimonio, para los efectos de ayuda mutua, o bien el contraer nupcias en artículo de muerte, en cuyo caso, el fin mencionado no es la finalidad del matrimonio, y precisamente se sostiene que ya no es fin primordial de la institución el procrear, dada la libertad convencional que se dá a la pareja.

Ortíz Urquidi, distingue un objeto directo y otro indirecto reservándose la primera denominación para la creación de los derechos y obligaciones entre consortes, y la segunda, para la obligación que tienen de hacer vida común, de ayudarse recíprocamente a soportar el peso de la vida, el débito carnal, el auxilio espiritual y cuando haya hijos, una serie de consecuencias en relación a ellos, en lo que se refiere a alimentos, patria potestad y filiación en general.

La norma de derecho que sanciona la voluntad de las partes para crear tales efectos jurídicos, concretamente el nacimiento de los aludidos derechos y obligaciones, es el Código Civil para el Distrito Federal, en sus artículos: 1795, 1798, 1803 y 2225.

La capacidad de goce y de ejercicio; consiste la primera en la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y la segunda, es la capacidad de obrar que todo individuo tiene pa

ra ejercitar por sí mismo, esos derechos y obligaciones, surgiendo incapacidad legal y natural en la unión conyugal, cuando el contrayente no tenga la edad requerida por la ley para ejercitar por sí mismo su derecho a contraer matrimonio, requiriendo para tal, permiso de quienes ejerzan la patria potestad; o bien la embriaguez habitual, la morfina o la eteromanía, la impotencia incurable, la sífilis, locura o padecer enfermedades crónicas, incurables y que sean hereditarias, además contagiosas, así como el idiotismo y la imbecilidad (artículo 450 del Código Civil del Distrito Federal); dividiéndose éstas incapacidades de goce y ejercicio, según sea el caso, siendo la sanción, la invalidez del acto o la inexistencia del matrimonio.

En el capítulo tres trataremos a detalle esto, al realizar un estudio comparativo entre los diversos ordenamientos sustantivos de la República Mexicana y muy en especial el apartado de los impedimentos.

La nulidad de matrimonio, absoluta o relativa, se determinará conforme a las reglas especiales establecidas en diversos artículos del código civil, siendo la mayoría de las nulidades relativas ya que sólo las provenientes del incesto y la bigamia son absolutas. En sus artículos 2226 y 2227 se prescribe como regla general, que la nulidad absoluta no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. Debiendo prevalecerse de ella todo interesado, no prescribe, ni es convalidable y, la nulidad relativa permite que el acto sea convalidable.

El artículo 235, establece tres causas de nulidad de matrimonio :  
 I.- El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando, entendiendo el cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra. II.- Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo los impedimentos enumerados en el artículo 156, y III.- Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artí-

culos 97,98,100 y 102,103.

La primera fracción señala al error, que como vicio genérico del consentimiento, en el acto jurídico, solamente invalida el matrimonio cuando recae en la identidad de la persona con quien se pretende contraer matrimonio, pero no sobre las cualidades sustanciales de dicha persona, siendo que, en otras legislaciones, como la Argentina, sí se toman en consideración las cualidades sustanciales del individuo con quien se contrae matrimonio, invalidando éste totalmente.

Esta norma se completa con lo citado por el diverso 236 que indica que "toda acción de nulidad que nace del error, sólo puede deducirse por cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error inmediatamente que lo advierte, se tiene por ratificado el consentimiento y queda subsistente el matrimonio, a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule".

Por lo anteriormente expuesto, el error es motivo de nulidad relativa, desapareciendo la misma por la confirmación o ratificación tácita y por no denunciarlo el cónyuge engañado; pudiendo padecerlo fortuita o maquinadamente con dolo y la mala fe, pero esas circunstancias no califican en forma especial la nulidad, ya que sólo existe en los términos explicados.

Los impedimentos establecidos en el artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal, son de acuerdo a la clasificación canónica, dirimentes y engendran la nulidad de matrimonio; en su fracción I, señala como impedimento, la falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada, pero al respecto en el artículo 237 se establece que dejará esta causa de ser nulidad, si tuvieren hijos o bien, que el menor hubiere llegado a la mayoría de edad y ni él ni el otro cónyuge hayan intentado la disolución del vínculo.

Según el maestro Benjamín Flores Barroeta, la nulidad relativa que se ocasiona por la falta de edad requerida es "una especie de inca-

pacidad natural para la celebración del matrimonio" (15), dados los términos del artículo 237, desapareciendo la misma por la confirmación o ratificación tácita del acto, significando por el solo hecho de que el menor llegue a la mayoría de edad (dieciocho años), o bien que se hayan abstenido los consortes o sus representantes legales de intentar la acción de nulidad.

En la fracción II del artículo 156 se contiene la falta de consentimiento como impedimento para celebrar matrimonio por parte de los que ejerzan la patria potestad, pudiendo el tutor suplirla o el juez en sus respectivos casos. Esta causa de nulidad constituye, según Flores Barroeta, "una incapacidad de ejercicio"(16), para la celebración por propia voluntad del contrayente menor, quien debe ser autorizado por las personas establecidas en la ley y dicha autorización constituye, la forma legal de suplir la incapacidad. A este caso el diverso 238 indica que la nulidad sólo podrá alegarse por aquél o aquellos a quienes tocaba prestar el consentimiento, y dentro de los treinta días contados desde que tenga conocimiento del matrimonio, complementándose con el 239 que establece que si ha pasado ese término sin que se haya pedido, quedará convalidado el matrimonio o bien si dentro de ese término, el ascendiente ha consentido expresamente o tácitamente, haciendo donación a los hijos en consideración al matrimonio, recibiendo a los consortes a vivir en su casa, presentando a la prole como legítima ante el registro civil o practicando otros actos que a juicio del juez sean conducentes al efecto, como los expuestos, no opera la nulidad, siendo evidente por tanto, que la nulidad es relativa.

El tercer impedimento que indica el artículo 156 es el parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente; en la colateral, igual; comprendiendo el impedimento a hermanos y medio hermanos, y en la colateral desigual, extendiéndose el impedimento a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dis-

---

15 Flores Barroeta, Benjamín. Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. México, 1960. Impresora Saber p. 370.

16 Flores B., ob. cit. pp:371,372.



pensa.

También alcanza el impedimento al parentesco por afinidad, en línea recta, sin limitación alguna, pudiendo considerarse éste último como ilicitud del acto que invalida el matrimonio.

Los artículos 241 y 242 distinguen impedimentos dispensables y no dispensables; el primero establece la dispensa, desapareciendo la causa de nulidad, si ambos cónyuges quieren espontáneamente reiterar su consentimiento por medio de un acta ante el juez del registro civil. Quedando su unión revalidada y surtiendo sus efectos desde el día en que se contrajo el matrimonio. Ello sólo es aplicable al parentesco dispensable, pero en cuanto al parentesco no dispensable, engendra nulidad absoluta y la acción puede ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público, ésta llamada nulidad por incesto.

El quinto impedimento marcado por el artículo 156 es el de adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado. El diverso 243 otorga la acción al cónyuge ofendido o al Ministerio Público, en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio; y sólo por el Ministerio Público si éste matrimonio se ha disuelto por la muerte del cónyuge ofendido. La acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros. Siendo prescriptible, se aplica la regla de nulidad relativa.

El atentado contra la vida de alguno de los casados, para contraer matrimonio con el que quede libre, existiendo dicho impedimento por ilicitud y el artículo 244 indica que la acción puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima del atentado o por el Ministerio Público, pero dentro del término de seis meses, siendo nulidad relativa, ya que desaparece por el transcurso del tiempo.

La fracción VII del artículo 156 del código sustantivo, se refiere

a la fuerza o miedo que presume raptó y no desaparece mientras la raptada no sea restituida a lugar seguro, donde pueda manifestar libremente su voluntad. Esta causa de nulidad se refiere realmente al vicio de la voluntad, el miedo o violencia, pero el diverso 245 menciona que será causa de nulidad si: importa peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o parte considerable de los bienes y que el miedo o la violencia hayan sido causados al cónyuge, o a la persona o personas que lo tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio y que una causa u otra hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio. La acción puede sólo deducirse por el cónyuge agraviado dentro de los sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación. Siendo por tanto nulidad relativa.

La fracción VIII del mencionado artículo 156 nos habla de impedimentos tales como: la embriaguez habitual, la morfinomanía, eteromanía, etc., de las cuales hablamos anteriormente y por último, el matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer, esto es, la bigamia, causa de ilicitud del segundo matrimonio y que da por consecuencia nulidad absoluta, pudiendo deducirse la acción por los hijos, herederos o por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio y en caso de no poderlo realizar lo hará en su lugar el Ministerio Público.

El artículo 235 del Código Civil para el Distrito Federal en su fracción III, señala como causa de nulidad del matrimonio el que éste se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103 y que se refieren a las formalidades que deben satisfacerse para la celebración del matrimonio, subdividiéndose en previas y concurrentes; las primeras, la solicitud que se presenta ante el juez del registro civil, la exhibición de los anexos y la ratificación, así como declaraciones hechas ante el juez mencionado. El 102 menciona quienes deberán estar presentes: los pretendientes, sus testigos, sus apoderados, en su caso, y después de la lectura en voz alta de la solicitud y demás docu-

mentos, interrogados los testigos sobre la identidad de los pretendientes, manifestando los mismos su voluntad de unirse en matrimonio, el juez los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad y después, de acuerdo con el 103, se levantará un acta que contendrá las menciones que señala el mismo artículo.

### 3 Conceptos Doctrinales.

Es necesario citar aquí al maestro Recasens Siches, que en su prólogo de la tesis doctoral del maestro Mario Magallón Ibarra, dice: (17). "el matrimonio es un tema en el que concurren y se entrecruzan dimensiones filosóficas, religiosas, sociológicas, biológicas psicológicas, jurídicas y educativas", y analizando además la razón del impulso sexual, que tiene habitualmente su origen en el amor, sentimiento noble con una raíz que tiene hondura en la intimidad, cuando en el derecho es al contrario, dado que su norma es predominantemente externa, dotada de impositividad inexorable, puesto que detrás de toda norma jurídica hay siempre la amenaza de la fuerza, y concluye que el propósito del derecho, al regular el matrimonio, no radica en la contemplación de éste, en tanto que puramente real y como tal, y nada más, sino que, por el contrario, se funda en los efectos que presumiblemente y en forma general, habrá de producir el matrimonio, ya que es el centro de gravitación teleológica, o finalista; el hecho del surgimiento de la familia subsecuente. El derecho clasifica al matrimonio como institución jurídica, que nada tiene que ver con el amor, sino con la protección debida a los hijos y la protección debida a los cónyuges, uno respecto del otro, y en el caso en el que el amor haya desaparecido y no pueda ser restaurado, o cuando se hayan producido razonamientos y conflictos, que sólo puedan ser resueltos satisfactoriamente por el imperio de la ley.

Definiéndolo finalmente, culmina su exposición de esta manera: "El matrimonio es una institución de complementación, de la cual derivan derechos y deberes especiales del marido y de la mujer, y también metafóricamente hablando, derechos del matrimonio como ins-

---

17 Magallón I. ob.cit. p. VIII.

titución frente al marido y la mujer" (18).

En Italia, tratadistas como Marescalchi, Turchesti, Marchesimi, Vigliani, Cicu, y otros, así como en Francia, Lefebvre, y en Alemania Moy, Lingg y Scherer pretendieron salvar al matrimonio, del divorcio, abandonando la noción del contrato, como provocadora de la controversia, para adoptar otra noción exitosa de derecho público; la de institución, ya que afirman que el matrimonio no debe depender de la sola voluntad de los contrayentes, porque ello sería limitarlo a un conjunto de obligaciones pactadas en forma convencional, siendo que la realidad impone un estatuto superior, que desborda los límites de la voluntad y de la propia personalidad de los contrayentes. Pero ese estatuto institucional no excluye al divorcio, sino que justifica la elaboración de la nueva doctrina.

Bonnetcase, afirma que el derecho de familia y más exactamente, el derecho del matrimonio (19) como creación real, objetiva y tal como se manifiesta en el movimiento de la vida y del comercio exterior, puede considerarse como un organismo, y por lo tanto, acepta que la familia es un todo orgánico, que es organizado por el derecho y no creada por él. El elemento que utiliza para su estructuración, es el matrimonio, y de ahí concluye fundándose en Savigny, que sólo el derecho con sus reglas coercitivas y secundado por la moral, puede, bajo el nombre de matrimonio, dar a la familia una organización social, conforme a su esencia.

Para Harrou, la institución es una idea de obra, que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esa 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 (Theorie de la Institution et de la Fondation).

Para Cicu, el matrimonio no es un contrato, sino un acto del po -

18 Ortíz Urquidi. ob. cit. pp: 32 y sigs.

19 Magallón I. ob. cit. pp: 256, 257.

der estatal, y volviendo al maestro Rojina Villegas (20) "la ley no considera al matrimonio como contrato, así como tampoco formalmente y la concorde voluntad de los esposos, no es más que una condición para el pronunciamiento; ésto y sólo ésto, es constitutivo del matrimonio". "Lo que más contribuye a mantener firme la concepción contractual, es la consideración de la libertad de unirse, o no, en matrimonio, y que sin la acorde voluntad de los esposos, el matrimonio no es concebible, pues incluso el consentimiento es aquí, más simple, más vinculante...". Pero lo que sí, es que aquí no se advierte, que esto no tiene nada que ver con la valoración jurídica, es siempre el punto de vista privadístico el que altera la visión. Y así el mismo, no puede explicarse, por qué en casos en los que el consentimiento es pleno y el propósito es precisamente aquel que substancialmente se atribuye al matrimonio, jurídicamente no se tenga nada, (ejemplo: el matrimonio religioso). No se advierte que mientras el contrato limita la libertad de un contratante frente al otro, el matrimonio no limita, sino que excluye la libertad y pone por eso necesariamente a los esposos, uno frente al otro y frente a un poder superior, (divinidad o Estado). Por eso el Estado no interviene como extraño. Se tiene, en cambio, interés familiar elevado a interés estatal. Si después de esto se quiere hablar de negocio jurídico familiar, no tendremos dificultad en estar de acuerdo, con tal de que el negocio no se haga consistir en el contrato entre los esposos y en todo caso se deje de lado la concepción privadística.

Necesario es abordar la tésis canónica, para efectos de deslindar por qué el matrimonio es contrato, en el mismo derecho citado y como expresa Ruggiero. "profundamente diversa, es la concepción del derecho canónico, que reposa sobre fundamentos y bases distintas" (21) La historia de la institución, a través de los cánones de la iglesia, es demasiado larga y compleja, para poder expresarla aquí en todas sus fases. Su evolución está influenciada en la lucha entre la iglesia y el Estado y sigue las vicisitudes de este conflicto

---

20 Rojina V. ob.cit. p.288.

21 Magallón I. ob. cit. p.315.

secular. El matrimonio elevase a la dignidad de sacramento. Según la concepción canónica, es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la iglesia. La unión de los esposos es la imagen de la unión de Cristo con la iglesia, y como ésta, indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que su libre consentimiento es el que genera la relación matrimonial. Pero su consagración frente a la iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento y como éste ha sido instituido por Dios, él mismo sanciona la unión, siendo indisoluble. Según las palabras del evangelio, los cónyuges no son ahora sino una misma carne itaque iam duo non sunt, sed un caro), y la unión no se puede disolver, si no es por la muerte, que deus coniunxit, homo non separat. Ello es la base teológica de la relación y en ella se pretende conciliar la base jurídica..., siendo que ésta origina estructuras muy diversas. Interpretando los textos en los que se hace mención al consenso, en oposición a la cópula. Algunos juristas o curiales, si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él una idea religiosa, ven en el mismo un contrato, porque aceptan que el consenso que en los pasajes romanos significa affectio maritalis, equivale a un acuerdo o convención, es decir, a un contrato (22).

#### 4. Nociones Jurisprudenciales.

La Suprema Corte de Justicia, en su tésis 1344 (23), jurisprudencia y tésis sobresalientes 1955-1963, Civil, Tercera Sala, sostiene:

Matrimonio: La conservación del vínculo matrimonial es de interés público y sólo excepcionalmente procede la disolución por causas de tal gravedad, que hagan imposible la vida en común de los cónyuges. Directo 5823/55. Enrique Monge Munguía. (24) . En cuanto a la tésis 1345 (25), sostiene:

Matrimonio: La institución del matrimonio es de orden público, por

22 Rojina V. ob.cit. p.279.

23 Jurisprudencia. Suprema Corte. p.632.

24 Jurisprudencia. Suprema Corte. p. 633.

25 Jurisprudencia. Suprema Corte. p. 634.

lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción, la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Dírecto 5329/1958, Beatriz Margarita Machín De Moreno, (26).

En las anteriores tésis citadas, se reconoce que la institución del matrimonio es de orden público y que por lo tanto, atañe a la sociedad la disolución de un vínculo matrimonial, dado que la misma daña al núcleo social, que en tanto tal, constituye la base de la misma sociedad. Asimismo el reconocimiento de orden público le da el carácter a las normas que rigen el matrimonio de derecho público, no entrando por tanto la autonomía de la voluntad propia de los contratos y del derecho privado. De ahí se explica la casuística utilizada por el código civil, en cuanto a las causas de divorcio, cuya gran mayoría son de tipo penal y requieren para su comprobación de muy diversos medios de prueba fehaciente. Dentro de la institución del matrimonio existe una parte contractual y es en cuanto a la sociedad conyugal, que deberá regir la vida de los cónyuges y de sus descendientes. Régimen en el cual se deja libre arbitrio a la voluntad de las partes, para formar la comunidad de bienes en pro de los propios cónyuges, así como de la prole que descienda de los mismos.

Sostiene Jorge Mario Magallón (27) que es necesario conservar la concepción matrimonio-contrato, ya que desde el punto de vista técnico-jurídico, es correcta la acepción en el aspecto de conjunto, pues, cabe decir, que hay institución en el matrimonio, y no que el matrimonio es una institución, pero esto no quiere decir que en ella no deje de existir el contrato, porque así como estimamos que el matrimonio no se agota, en el concepto de contrato, tampoco creemos que sea exhaustivo el concepto de institución.

Finalmente, para poder llegar a una definición correcta de lo que es el matrimonio y del concepto que se desprende de nuestra legislación actual, es necesario analizar los fines de dicha institución como contrato. Primeramente, haremos una clasificación de

26 Jurisprudencia. Suprema Corte. resuelta 27 de agosto de 1959  
unanimidad de votos. Ministro Ponente: García Rojas.

27 Magallón I. ob. cit. p.257.

los efectos del matrimonio, en relación con la persona de los cónyuges:

- A) Intrínsecos: (íntimos en la relación) y personalísimos, como la cohabitación, débito conyugal y fidelidad.
- B) Extrínsecos o externos: (no necesariamente personalísimos, como la ayuda mutua y la asistencia).

La cohabitación encuentra su origen en la naturaleza misma del matrimonio. Se llama casamiento en castellano, porque al contraerlo, los cónyuges forman su casa u hogar. Es el deber de los esposos vivir bajo un mismo techo. Implica su relación carnal, lo que en el derecho romano se llamó deductio in domus mariti, en la cual la mujer se encontraba a disposición del marido, en la casa de éste.

La Suprema Corte de Justicia en su jurisprudencia ha confirmado el criterio anterior: "Matrimonios, convenios Nulos a Fines del . . .

Es indiscutible que un convenio en el cual se pacta por los esposos que harán vida separada de manera indefinida, es contrario a los fines del matrimonio, y por lo tanto, nulo (28).

Anteriormente tocaba al marido elegir el domicilio y era obligación de la mujer el seguirlo, pero actualmente se realiza de común acuerdo, según reformas del Código Civil para el Distrito Federal, de 1954.

La fidelidad es un deber recíproco, invariablemente ligado a la cohabitación. Esta fidelidad no debe entenderse sólo desde el punto de vista material, sino también del moral, no abarca únicamente la parte sexual, sino la de la intimidad exclusiva que se debe al compañero de toda la vida. (29).

En cuanto a la ayuda mutua, impone a los cónyuges el deber de aportar los bienes materiales que son necesarios para la subsistencia común y de la familia. Surge aquí la idea de alimentos, que incluyen

28 Suprema Corte. tomo C. 18 de abril de 1949. 3 votos p.266, Rodríguez Graciano. cuarta parte, tercera sala 1917-1975.

29 Magallón I. ob. cit. pp: 268,269.



comida, vestido, habitación y la asistencia en casos de enfermedad, respecto a los menores, comprenden: los gastos necesarios para la educación primaria y para proporcionarles algún oficio, arte o profesión adecuados a su sexo y circunstancias personales. El maestro Magallón distingue entre ayuda mutua y asistencia, que es propiamente el auxilio mutuo que se deben los esposos, no sólo en los casos de enfermedad, sino en todas las cargas de la vida. Por lo que hace a la potestad marital tan usada en diversos derechos, así como en el nuestro, hasta hace poco tiempo se suavizó, debido a la corriente germana que igualó los sexos. Fernández Clérigo, en su estudio comparativo, observa los siguientes tipos de corrientes en el mundo: 1.- Las que conservan el antiguo concepto de la autoridad del marido con los trazos del código de Napoleón, como la española y la portuguesa. 2.- Las que igualan a la mujer con el marido, pero le dejan ciertas facultades de dirección, como la alemana y la suiza y 3.- Las que colocan a los cónyuges en plano idéntico, como la mexicana, la inglesa y la rusa, entre otras.

Concepto que se desprende de la legislación actual. En nuestro código civil, como ha quedado dicho, no está definido el matrimonio sin embargo, dada la legislación y los fines que se destinan a los cónyuges, así como los efectos, se desprende que el matrimonio es una institución con régimen contractual en las capitulaciones, analizada la reforma al artículo cuarto constitucional, los cónyuges pueden pactar libremente el tener o no tener hijos, de manera responsable e informada, además de que ambos tendrán consideraciones y obligaciones por igual, dentro del hogar, proponiéndose por tanto el siguiente concepto:

#### 6 Concepto que se propone.

El matrimonio es una institución que une a un hombre con una sola mujer, con los fines de ayudarse mutuamente, remediar la concupiscencia, cohabitar y socorrerse en todas las cargas de la vida, teniendo los cónyuges la libertad contractual de pactar en cuanto a

su régimen de bienes, así como el procrear hijos en común.

## 7 Elementos de la definición.

Matrimonio como institución, puesto que ha quedado dicho que dentro del matrimonio se contiene una institución de orden público, núcleo de la familia y como tal, núcleo constitutivo de la sociedad, siendo los derechos y obligaciones establecidos por el Estado, para ambos cónyuges. Que une a un solo hombre con una sola mujer, puesto que el sistema que rige a nuestro país es monogámico y sólo se acepta que se case el hombre con una mujer y recíprocamente, sin tener un vínculo contraído anteriormente, y que no haya sido roto si lo hubiera, esto es, libre de unión matrimonial, no queriendo decir con ello que sólo pueda contraerse una vez, como lo sostenían los códigos civiles de 1870 y 1884, puesto que el divorcio actualmente deja en aptitud a los divorciantes, para contraer un nuevo vínculo matrimonial.

La ayuda mutua, como hemos analizado en el aparato anterior, se realiza puesto que ambos deberán contribuir de manera equitativa, no sólo en el aspecto material, sino en el moral, a sobrellevar las cargas de la vida, tanto material, como espiritualmente. Es un remedio a la concupiscencia, puesto que en dicha institución matrimonial se pacta la fidelidad y el débito carnal entre el hombre y la mujer que contraen el vínculo y que cohabitan en común bajo un mismo techo, evitando por tanto, la promiscuidad, tanto en el hombre como en la mujer. Cohabitar, ya hemos sostenido, es uno de los efectos del matrimonio que es deber y a la vez derecho, puesto que al casarse se conlleva una vida en común, bajo el mismo techo.

En cuanto a la libertad convencional referida al artículo cuarto constitucional, en su párrafo in fine, se establece que de manera informada y responsable los cónyuges podrán pactar libremente el número de hijos y su espaciamiento, relevando a segundo término la procreación de la especie, inverso a como lo sostenía el derecho ca-

nónico, cuyo fin era primordial así como que en los derechos anteriores a esta reforma, se entendía como fin prioritario del matrimonio.

En relación al régimen de bienes, ambos consortes podrán pactar libremente, cuáles bienes pertenecerán a la sociedad conyugal y cuáles no, o bien, si permanecerá cada cónyuge administrando y disponiendo libremente de los bienes que le pertenezcan. Esto se podrá pactar en la sociedad conyugal como mancomunidad de bienes presentes y futuros, igualmente, o como una tercera opción, un régimen mixto, conjugando bienes por separado y bienes en común entre los cónyuges.

## C A P I T U L O    I I I

1.- Diversas teorías.- 2.- Requisitos pre-matrimoniales diversos códigos.- 3.- Impedimentos.- 4.- Capacidad. 5.- Forma de los actos. 6.- Obligaciones personales de los cónyuges. 7.- Régimen de bienes.- 8.- Efectos del matrimonio.- 9.- Nulidad de matrimonio. 10.- Normas en el conflicto de leyes en materia civil en México. 11.- Validez en México de matrimonios de extranjeros.- 12.- Validez en México de matrimonios de mexicanos en el extranjero. 13.- Validez de los actos del estado civil en México celebrados con arreglo a las leyes de los Estados Federados. 14.- La Práctica Consular Mexicana.

1    Diversas teorías.

En el Derecho Internacional Privado se han sustentado diversas doctrinas: La territorial, según la cual las leyes no tienen valor fuera de un determinado territorio; la que admite que los conflictos pueden resolverse de conformidad con la voluntad de los Estados, o de los particulares, si así convinieron en aplicar la ley territorial, ó la personal y la teoría de la reciprocidad de la ley o de la jurisprudencia, reconocida por los Estados como lo sistiene el maestro Luis Muñoz, en su obra comentarios al código civil(1).

La teoría estatutaria merece destacarse por su influencia en las legislaciones civiles, ya que según la misma, la índole de cada relación jurídica determina la ley que se le debe aplicar, es decir, su estatuto. El estatuto personal se refiere principalmente a las personas, y secundariamente, a los bienes, (Sola). El real, tiene por objeto inmediato las cosas, y el mixto, que se debe a D'Argentré se aplica cuando no es posible otorgar preponderancia a las personas, o a las cosas. El estatuto formal rige las solemnidades de los actos jurídicos.

El autor citado continúa comentando: La teoría de la comunidad de derecho que fuera ideada por Savigny, es que la ley aplicable debe ser la del lugar donde se nace. Sin embargo, para la doctrina de la nacionalidad, o de la personalidad de la ley, las leyes civiles, por no afectar a la soberanía de los Estados, deben ser extraterritoriales.

---

1    Muñoz Luis. Comentarios al Código Civil. México, 1972. Editorial Palma, ediciones Lex. pp: 54 y 55.

Los partidarios de esta doctrina, todos de origen italiano, reconocen, que por razones de orden público internacional, no es posible conceder extraterritorialidad a las leyes contrarias al derecho público y al orden y en los contratos debe aplicarse la ley aceptada expresa ó tácitamente por los contrayentes y que las solemnidades de los actos jurídicos deben registrarse por la norma locus regit actum. (estatuto formal).

Nuestro código civil adopta el principio territorial y solamente admite la ley extranjera en lo relativo a la forma de los actos jurídicos. Ratifica este concepto el maestro Arellano, comentando el artículo 15 de ese ordenamiento, que de permitir la aplicación extraterritorial de la norma jurídica extranjera, en la forma, necesita, sin embargo, que sea certificada la vigencia de dicho derecho, traducido y probado, por lo que sólo debe ser aplicado cuando es necesario (2).

Con el principio consagrado en el artículo 15 citado, la norma extranjera, ya sea internacional o de fuera del territorio nacional, quedará incorporada a derecho positivo, resolviendo el conflicto espacial de leyes.

## 2 Requisitos pre-matrimoniales, diversos códigos.

En los diversos códigos civiles de la República Mexicana los requisitos y actos necesarios para contraer matrimonio generalmente coinciden con los artículos 145 a 155 del Código Civil para el Distrito Federal, y son: que se celebre el matrimonio ante juez de registro civil con la debida formalidad; que los pretendientes tengan la edad mínima requerida; que en caso de minoridad de futuros esposos, presenten el consentimiento de los mayores que ejerzan la potestad, o bien los tutores de aquellos y si se negaren a darlo, supla a éstos el presidente municipal del lugar, el juez de primera instancia, o un juez civil, el tribunal de justicia de la entidad o bien el Jefe del Departamento del Distrito Federal. Que no exista ningun

2 Arellano García, Carlos. Derecho Internacional Privado. México, 1979. Edit. Porrúa, S.A. pp: 612 613

no de los impedimentos que la ley señala y cuya enumeración la referiremos por separado. Que no exista liga de adopción entre los pretendientes, ni tutela curatela, respectivamente. Que en el caso de que la mujer haya sido casada con anterioridad, transcurra entre la disolución del vínculo anterior y la celebración del nuevo matrimonio, un plazo de trescientos días, a menos que dentro de ese plazo diera a luz un hijo.

Esos requisitos enunciados se exigen para contraer matrimonio en casi todos los códigos civiles del país, tanto en el sistema moderno, como en el antiguo, pero existen algunas ligeras variantes en ciertos códigos para el levantamiento de actas matrimoniales: Coahuila, no requiere que los contrayentes pongan sus huellas digitales en el acto; tampoco Chihuahua, cuyo código no exige certificado prenupcial y por el contrario; Aguascalientes, Campeche, Hidalgo, Jalisco y Tabasco, exigen un certificado médico más amplio que el requerido por el código civil para el Distrito Federal, señalando otras enfermedades que no deben padecer los contrayentes, así como vicios de conformación, que hagan imposibles los fines del matrimonio. En relación a la suplencia de consentimiento, presentan algunas divergencias las legislaciones civiles comparados con el Distrito Federal, notándose desconfianza hacia las autoridades municipales o políticas que suplan el consentimiento de los ascendientes o tutores, dándose esta facultad a las autoridades judiciales, en caso de negativa justificada de quienes deben otorgar tal permiso. Los códigos civiles de Campeche, Sinaloa y Tamaulipas otorgan directamente al Gobernador del Estado, la facultad de suplir ese consentimiento, y Yucatán dá facultad a la autoridad municipal para otorgarlo. Los restantes Estados asignan esa función a la autoridad judicial, a los jueces de primera instancia y jueces menores de paz. Esto mismo sucede en los Estados de Aguascalientes, Jalisco, Nayarit y Querétaro. La prohibición para la mujer que ha sido casada con anterioridad, de contraer matrimonio no antes del plazo de trescientos días, subsiste en

todos los Códigos Civiles de los Estados, con excepción de Campeche, que autoriza el matrimonio celebrado con anterioridad al vencimiento de ese plazo, si la mujer presenta un certificado médico que pruebe que se ha practicado la reacción llamada de Schheim Zondek o de Friedman, efectuada antes de que se cumplan treinta días de separada del marido y que ha resultado negativa, para demostrar con ello que no ha quedado en cinta.

Guanajuato y Zacatecas regulan la materia del levantamiento de actas de matrimonio y requisitos para el mismo por las disposiciones de la Ley de Relaciones Familiares, ya que en dichas legislaciones se halla vigente ese ordenamiento como he citado, presenta diferencias respecto al Código Civil para el Distrito Federal de 1928. Los códigos de Puebla y Tlaxcala siguen las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de 1884, haciéndose notar que, Puebla tiene ciertas variantes acordes a la Ley de Relaciones Familiares, ya que su código es de fecha 15 de julio de 1915.

El Código Civil Tamaulipeco tenía muchas lagunas en materia de legislación matrimonial, no llegándose a advertir en anteriores preceptos, que se tratara el matrimonio como una institución, sino que reducía al mismo, a la categoría de matrimonio contractual y se producía mediante el trato sexual continuado, estando ambos concubinos libres de matrimonio, según lo expresaba su artículo 70, pero hoy coincide con el del Distrito Federal.

En muchos de los Códigos de los Estados no se consignan los requisitos para contraer matrimonio, sino que se habla de la inscripción del mismo y en algunos otros se reducen los impedimentos que ordena nuestro Código Civil para el Distrito Federal; en otros no se habla de levantamiento de actas matrimoniales, ni de celebración ante juez del registro civil, sino que utilizan la expresión de inscripción del matrimonio, simplemente. A la vez se habla de constancia de sanidad, en vez de certificado médico, como mencio -

na el ordenamiento para el Distrito Federal.

### 3 Impedimentos.

Regulan la materia de impedimentos para contraer matrimonio los Estados, conforme el código civil de 1928: Coahuila, Baja California, Colima, Chihuahua, Durango, Guerrero, México, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Veracruz; Aguascalientes, Campeche, Chiapas, Hidalgo, Jalisco, Michoacán y Yucatán; presentan las siguientes modificaciones en esta materia: En Aguascalientes, Chiapas y Jalisco, se considera como impedimento, cualquier enfermedad o conformación especial, que sean contrarios a los fines del matrimonio, bien porque impidan las funciones relativas al mismo, o porque científicamente hagan preveer algún perjuicio grave, ó degeneración para los descendientes.

En Campeche es impedimento la tuberculosis, cuando el enfermo es té en proceso abierto y en período infectante y correrá a cargo de los interesados comprobar que no aparecen lesiones tuberculosas de esa índole. Hidalgo añade a los impedimentos de carácter orgánico ya mencionados; lepra y la blenorragia. Jalisco añade el parentesco hasta el cuarto grado en línea colateral, pero supri mío la prohibición para contraer nupcias en el caso de adulterio habido anteriormente entre las personas que pretenden contraerlo, por considerar, según se dice en su exposición de motivos, que di cha prohibición sólo es una invitación a llevar una vida conyugal en forma irregular; en cambio en Michoacán, señala entre otros im pedimentos, no el simple adulterio habido entre los pretendientes, sino el concubinato, cuando alguno de ellos haya estado casado con otra persona. El Código Civil de Tamaulipas no contenía ningún artículo relativo a impedimentos, a la minoría de edad, (de quince años en ambos sexos), a la enajenación mental y al parentesco consanguíneo entre padres e hijos, hermanos, hermanas o parentesco por afinidad, o adulterio, hoy es afín al del Distrito Federal.



Jalisco y Yucatán suprimieron el impedimento por el adulterio habido anteriormente y permiten el matrimonio entre tutor y pupila, siempre y cuando la pupila o pupilo hayan vivido treinta días antes, en casa designada por el juez, libres de cualquier influencia del tutor.

Los códigos del tipo de 1884 son los de Guanajuato, Puebla, Zacatecas y Tlaxcala. La materia de impedimentos se rige por disposiciones que estableció la Ley de Relaciones Familiares, siendo la diferencia con el Código Civil del Distrito Federal, que aquellos códigos consideran como impedimentos, el error sobre la persona, así como el fraude, las maquinaciones y los artificios que puedan inducir al error en relación a alguno de los contrayentes. Zacatecas y Guanajuato no contienen impedimentos en cuanto al adulterio, ni tampoco en relación al parentesco civil habido entre los contrayentes.

#### 4 Capacidad.

Ya hemos apuntado que los diversos códigos dan capacidad para contraer matrimonio en forma diversa, sobre todo la capacidad de ejercicio ya que varía según los Estados de la República, se exige como edad mínima los quince años para contraer nupcias, pero la mayoría de los ordenamientos coincide con el Código Civil para el Distrito Federal, requiriendo como edad mínima los dieciseis años para el hombre y catorce para la mujer, debiendo tomar en consideración los permisos que deben otorgar los ascendientes que varían de un Estado a otro, como se mencionó.

#### 5 Forma de los actos.

En párrafos anteriores se hizo alusión a que algunos Estados sólo se refieren a la inscripción del matrimonio y al certificado médico, llamado de sanidad; pero en muchos de ellos no se dice si tal acto debe celebrarse ante el juez del registro civil, ni como de-

berán hacerse constar tales actos, con excepción de los Estados que siguen el sistema indicado por el Código Civil de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

#### 6 Obligaciones personales de los cónyuges.

Al tratar sobre las reformas hechas al Código Civil de 1928, con respecto a derechos y obligaciones que nacen del matrimonio y contenidas en los artículos 162 al 167 se destaca el Decreto del 31 de diciembre de 1955 y las reformas de 1975 realizadas con motivo del Año Internacional de la Mujer, bajo el régimen del Presidente Echeverría, quien con el objeto de poner en consonancia la ley civil, con las reformas constitucionales dió a la mujer plena igualdad de derechos en relación al varón. Fueron modificados diversos preceptos que colocaban a la mujer casada, bajo la más estricta autoridad marital, para llevarla así a un plano de igualdad con el marido. Así por el primer decreto mencionado, reformó el artículo 165 y hoy obliga a ambos cónyuges a ponerse de acuerdo para fijar su domicilio conyugal, suprimiendo la antigua fórmula, según la cual la mujer debía vivir al lado del marido y seguirlo, a cualquier lugar donde éste se estableciere, no importando condiciones de tiempo y forma.

En cuanto a las reformas habidas en 1975, se colocó a la mujer en un plano de igualdad, obligándola a aportar capital para el sostenimiento del hogar, y más aún, se le obligó a mantener al marido, cuando estuviere imposibilitado para trabajar, ó bien no tuviera empleo. Por otra parte se igualó la autoridad de ambos cónyuges en el hogar, pero volvió a surgir la prohibición dada en los Códigos de 1884 y 1870, de que la mujer no podía contratar con el marido y en caso de no haber acuerdo de voluntades, en relación al manejo y dirección del hogar, deben someter su controversia al juez familiar quien decidirá la misma, y es a él a quien corresponde autorizar a los consórtes para contratar entre sí.

La mayoría de los Códigos Civiles del País, son de creación anterior al Código Civil para el Distrito Federal; han conservado su texto primitivo y puede notarse un atraso en relación a derechos y obligaciones de los cónyuges con respecto al Código Civil del Distrito Federal. Tal cosa ocurre con los Códigos de: Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco y Veracruz, que a pesar de haber tenido reformas, no coinciden con el vigente en el Distrito Federal, y regulan estos derechos y obligaciones en forma similar a como lo era antes de ser reformado nuestro ordenamiento local, solamente Colima y México regulan la materia de este capítulo en forma idéntica a como el Código Civil para el Distrito Federal lo hace, después de ser reformado. Los códigos del tipo de 1984: Guanajuato y Zacatecas, regulan esta materia a través de la Ley de Relaciones Familiares que se encuentra vigente, siendo sus disposiciones similares a las disposiciones originales del Código Civil de 1928 sin reformas, y solamente Puebla, sigue fielmente al Código Civil para el Distrito Federal de 1884.

#### 7 Régimen de bienes.

Los códigos de los Estados de Baja California, Coahuila, Chihuahua, Durango, Querétaro, México, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Guerrero, Sinaloa, Tabasco y Tamaulipas dejan a los cónyuges en la elección libre de régimen matrimonial, conforme al cual ha de celebrarse el matrimonio, escogiendo entre la sociedad conyugal, o la separación de bienes, o también el sistema mixto. Esta elección es, sin embargo, forzosa y deben hacerla expresamente los cónyuges, al tiempo de contraer matrimonio, no pudiendo eludirla, pues uno de los requisitos de validez del mismo es que los pretendientes celebren un convenio en relación a sus bienes. En el caso de que los pretendientes por falta de conocimiento, no puedan redactar el convenio, tendrán la obligación de hacerlo los jueces del registro civil, con los datos que los mismos les suministren.

Los Códigos de los Estados de Campeche, Michoacán y Tamaulipas, así como el de Tlaxcala y el de San Luis Potosí, establecen como régimen matrimonial, a título supletorio y para el caso de que los consortes no hubieren pactado otra cosa, el de separación de bienes, estableciendo que cada cónyuge conserve la propiedad y administración de sus bienes respectivos y por consiguiente, todos los frutos y accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos.

Aguascalientes, Chiapas, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Oaxaca, Puebla, Sonora, Veracruz, Yucatán y Zacatecas establecen un triple régimen patrimonial en el matrimonio: La sociedad voluntaria, o la separación de bienes y si los cónyuges no eligen ninguna de estas formas, o faltan las capitulaciones matrimoniales, es decir, que no proveen nada, entonces el matrimonio se entiende celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, esto es, de gananciales, ya que todos estos códigos siguen los lineamientos del Código Civil para el Distrito Federal de 1884.

Es sabido que nuestro Código Civil del Distrito Federal, sigue los lineamientos de sociedad conyugal, separación de bienes o de régimen mixto, pero no se sanciona con la nulidad en caso de que los pretendientes no hayan establecido el régimen patrimonial conyugal, sino que se sanciona al juez del Registro Civil con una multa y en su caso con su destitución, por lo que en el caso de que no pacten los contrayentes sobre sus bienes, conservarán sus patrimonios separados, pudiendo hacer capitulaciones en cualquier momento posterior.

## 8 Efectos del matrimonio.

En general este aspecto de efectos del matrimonio es igual en todos los Códigos de la República Mexicana, ya que en todos se establece la cohabitación, el remedio a la concupiscencia, la fidelidad, la ayuda mutua y el socorro, así como la contribución de cada

uno de los cónyuges para lograr el sostenimiento del hogar. Sin embargo, es de hacerse notar que los Códigos Civiles que siguen al Código de 1884, tienen un sistema paternalista y protector de la mujer en algunos aspectos, no quedando ésta obligada a contribuir con la carga del hogar y pudiendo dedicarse a las tareas propias del mismo, puesto que de ella depende la dirección; siguen la doctrina napoleónica que adoptara el Código de 1884, estando la esposa sujeta a la autoridad marital.

#### 9 Nulidad del matrimonio.

La materia de nulidad e ilicitud se regula en los Códigos de tipo del Código Civil para el Distrito Federal de 1928, en forma idéntica a como lo hace este ordenamiento, con excepción de los Códigos de los Estados de Michoacán y de Morelos.

En Michoacán encontramos una diferencia de esta materia, en relación al Código Civil para el Distrito Federal, y es la de que no basta que los cónyuges hayan llegado a la mayoría de edad para extinguir la causa de nulidad derivada de la falta de consentimiento de los ascendientes o tutores, sino que es necesario además, que haya habido hijos en el matrimonio. Difiere en consecuencia del Código Civil para el Distrito Federal, porque en este ordenamiento, la presencia de una sola de éstas dos circunstancias, es suficiente para extinguir la acción de nulidad. Por otra parte, en Michoacán se establece un plazo de treinta días para demandar la nulidad del matrimonio, independientemente del momento en el que el ascendiente conozca el hecho.

El Código Civil de Morelos, la única diferencia que presenta en relación a la materia, consiste en que, conforme al artículo 357, los matrimonios celebrados, estando pendiente la decisión de un impedimento, o antes de que transcurra el plazo que debe guardar la viuda o divorciada son no solamente ilícitos, como en el Código Civil para el Distrito Federal, sino que estos matrimonios son tan-

bién nulos. El Código Civil de Tlaxcala regula esta materia, tomando parte del Código Civil de 1928 y parte del de 1884. Tiene algunas diferencias, como por ejemplo, el error sobre la persona del cónyuge debe denunciarse dentro de los diez días siguientes a la fecha en que la persona se dé cuenta y lo sufra si se trata de fraude dentro de un plazo de sesenta días contados a partir de la fecha en que se dé.

En el Código Civil del Distrito Federal, el error es causa de nulidad y debe denunciarse inmediatamente que se note y la otra diferencia, es que la nulidad se dá por la falta de consentimiento de las personas que deben prestarlo. La nulidad fundada en la embriaguez, la locura, impotencia y otros impedimentos. En el Código Civil para el Distrito Federal debe hacerse valer dentro de los sesenta días siguientes al matrimonio; en Tlaxcala no se fija plazo alguno para hacer valer la misma. Este ordenamiento también tipifica un delito para aquellos que contraen matrimonio ilícito, y remite al Código Penal para la sanción correspondiente.

Por lo que respecta a los códigos del tipo del 1884, la materia de nulidad e ilicitud del matrimonio, como el caso de Guanajuato y Zacatecas (3), regulada por la Ley de Relaciones Familiares, y en el de Puebla en el mismo sentido que el Código Civil de 1884 para el Distrito Federal.

#### 10 Normas en el conflicto de leyes en materia civil en México.

Su comparación con otros sistemas de normas en conflicto, vigentes en la Comunidad Jurídica Internacional.

Cuando se elaboró el Código Civil de 1928, la comisión redactora, siguiendo la tradición de los códigos de '70 y de '84 pretendió aceptar la teoría llamada de los Estatutos, aunque haciendo modificaciones acordes con las tendencias doctrinales, en el proyecto se reconocía que la ley personal debía regir el estado y capaci-

---

3 Códigos Civiles de todos los Estados de la República Mexicana. México 1981, Andrade Editores.

dad de las personas, pero que esa ley no se aplicaría si pugnaba con alguna disposición de orden público. Se entendió por ley personal, la de la nacionalidad de los individuos y sólo cuando éstos tenían dos o más nacionalidades, la ley personal lo era la de su domicilio. En todo caso y tratándose de mexicanos, que siendo originarios de otras entidades federativas, ejecutaran actos dentro del Distrito Federal y Territorios, la ley personal de ellos sería la de su domicilio. No obstante, tratándose de extranjeros, se sujetaba la aplicación de su ley personal al principio de reciprocidad, ésto es, que si los mexicanos no podían invocar su estatuto personal en el país de origen de ese extranjero, éste tampoco podía invocar el suyo en México. Se obligaba a los extranjeros cuando contrataran con mexicanos a declarar su estatuto y las incapacidades que conforme a él tuviesen, so pena de que si no lo hacían, o declaraban falsamente, el contratante mexicano que había procedido de buena fé, tenía el derecho a que se le aplicaran las disposiciones del código civil mexicano, aún tratándose del estado y capacidad del extranjero. Finalmente, se disponía que se aplicaría la ley del domicilio, en casos en los que, por conflicto de leyes personales de los interesados, sería injusto supeditar a alguno de ellos a la ley personal del otro.

No obstante, lo sensato que resultaban las normas de conflicto en materia de estado y capacidad que se pretendían incorporar en el nuevo código, la Secretaría de Relaciones Exteriores las objetó y solicitó su modificación substancial, a lo cual accedió la Comisión Redactora.

"Considerando que era nuestro deber inclinarnos a la doctrina del domicilio, aunque no por la residencia absoluta como se optó al continuar con la legislación del '84, que hacía que nuestros nacionales perdieran la protección del gobierno, en relación a los efectos jurídicos de sus relaciones familiares, cuando residían en un país regido por la ley del domicilio, como acontecía a nuestros

trabajadores inmigrados al norte. En cambio a los hijos del país donde imperaba la ley del domicilio, aún residiendo en nuestra patria no se les aplicaban leyes mexicanas, porque respetábamos su nacionalidad. Así se establecía una desigualdad de tratamiento, que no gozaba siquiera del principio de la reciprocidad internacional, de ser así, hubiese prosperado la inmigración, y de mantenerse el estatuto personal, privaría en las relaciones familiares, las leyes extranjeras más que las propias, entorpeciendo así las operaciones contractuales y la administración de justicia"(4).

La Secretaría de Relaciones Exteriores propuso que las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas se apliquen a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella, o sean transeúntes y la comisión aceptó la proposición y modificó los artículos correspondientes.

Sin embargo, es necesario hacer una crítica a la territorialidad absoluta, ya que es contraria a los principios aceptados en el Derecho Internacional Privado. Su aplicación a ultranza ha provocado lamentables efectos en el extranjero, produciendo acervas críticas, y por lo que respecta a las sentencias dictadas, con base en ésto, los tribunales mexicanos, en algunos casos llegan a la negativa del executor para acatarlas.

El maestro Carrillo menciona que los tribunales han atenuado este rigorismo, mediante la exigencia del cumplimiento de los elementos esenciales del debido proceso legal, lo cual ha permitido que en otros países hayan podido establecer principios serios y objetivos, en cuanto al reconocimiento de sentencias dictadas en México. En éste, su ensayo realiza un estudio de los conflictos de leyes que se dan en general, y siguiendo a Jesús De Galíndez, los divide en los siguientes grupos: a) Sistema del Código de Bustamante, que sigue el principio general de que la ley aplicable será la del domicilio conyugal. Esto es, tanto las causas, como los

---

4 Carrillo, Jorge Aurelio. Matrimonio y Divorcio en México a la luz del Derecho Internacional Privado. México, 1979. Edit. Revista de la Facultad de Derecho. pp: 932 a 938.



efectos, se registrarán por ese principio y comenta que la única salvedad que pueda alegarse será un efecto sucedido con anterioridad a la adquisición del domicilio conyugal actual, mismo que también deberá admitirse por la ley personal que rija a cada cónyuge. b ) Sistema Nacional Tipo Europeo, en el que impera el principio general de la jurisdicción competente local, o sea la Ley Fori; éstos es, la del tribunal, cuya ley aplicable es la nacional. c) Sistema Territorial. Este sistema tiene muchas facetas, pero principalmente: para resolver sobre el divorcio, serán competentes los tribunales del domicilio conyugal y es aplicable la ley de fondo del propio domicilio conyugal, siendo válido el divorcio, aún cuando las causales no sean admitidas por la ley nacional de los cónyuges.

En el Canadá y la Gran Bretaña, el domicilio conyugal es siempre el domicilio del marido , cosa que no sucede en los Estados Unidos, en el que la esposa puede tener domicilio propio y distinto. En México el Lic. Carrillo hace mención de que el artículo 121 constitucional, fracción cuarta, dice que: las sentencias sobre derechos personales, sólo serán ejecutables en otro Estado cuando la persona condenada se haya sometido expresamente a la justicia que la pronunció.

#### 11 Validez en México de matrimonios de extranjeros.

Aplicando el principio consagrado en el artículo 15 del Código Civil para el Distrito Federal, los matrimonios de extranjeros celebrados fuera de la República son reconocidos como válidos en México, a menos que el matrimonio sea contrario al principio monogámico, por ser éste de orden público.

#### 12 Validez en México de matrimonios de mexicanos en el extranjero.

A diferencia de lo que ocurre con extranjeros que contraen matri-

monio fuera de la república, los mexicanos que se casan en el extranjero deben solicitar la transcripción del acta de celebración del matrimonio, en el Registro Civil en el que se domicilien los consortes. Si la transcripción se hace dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su llegada a la República, los efectos civiles de matrimonio se retrotraerán a la fecha en que se celebró y si se hace después, sólo producirá efectos desde el día en el que se hizo la transcripción. Existe un inexplicable silencio de los tratadistas mexicanos sobre esta disposición legal, podemos interpretarlos de la siguiente manera:

Para que dos mexicanos que hayan contraído matrimonio en el extranjero se consideren legalmente casados, conforme a las leyes mexicanas, se requiere que en el acta conste y que su matrimonio se transcriba en el Registro Civil del domicilio conyugal. Si permanecen casados en el extranjero y nunca establecen domicilio en México, este requisito no deberá satisfacerse, ya que la obligación de solicitar la transcripción del acta se contará a partir de su llegada a la República. Ahora bien, si dentro de los tres meses siguientes a su llegada a la República solicitan la transcripción, el matrimonio surtirá efectos, como si se hubiera realizado en México, y si dejasen pasar esos tres meses, el matrimonio surtirá sus efectos civiles sólo a partir del momento de la transcripción del acta en el registro civil. Si nunca se ocupan de solicitar dicha transcripción, no surtirá efectos la unión a los ojos de la ley mexicana, y por lo tanto, serán aplicables, en su caso, las reglas del concubinato, ello también es aplicable a los matrimonios celebrados entre mexicano y extranjero, cuando se establece el domicilio conyugal en la República Mexicana.

13 Validez de los actos del estado civil en México, celebrados con arreglo a las leyes de los Estados Federados.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 121 de la Constitución de la República Mexicana, en cada Estado de la Federación se

dará fé y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de los otros Estados. Los actos del Estado civil, ajustados a las leyes del Estado en que se celebraron.

Tendrán validéz en los otros, de tal manera que un matrimonio legalmente celebrado en una entidad federativa producirá sus efectos en todos los demás.

#### 14 De la Práctica Consular Mexicana.

1.- El servicio exterior mexicano. 2.- Convenciones consulares y protección. 3.- Funciones de registro civil. 4.- Decreto de Promulgación de la convención sobre el consentimiento para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, suscrito en Nueva York en 1962.

##### 1 Del servicio exterior mexicano.

En el artículo primero de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano se define esta como "La organización permanente destinada a salvaguardar los intereses nacionales en el extranjero y a representar a México ante los Estados extranjeros con los que mantiene relaciones, así como ante los organismos y reuniones internacionales en que participe" (5), mencionándose entre las múltiples funciones del cónsul, la de intervenir en la celebración de tratados, convenciones y negociaciones; ejercer funciones notariales y del registro civil; legalizar firmas de los documentos que deban producir efectos en la República; actuar como auxiliares de las demás dependencias del ejecutivo, así como de los demás poderes federales y de los gobiernos estatales y municipales.

Tocante a funciones de juez del registro civil, el cónsul debe intervenir siempre en actos que conciernan a los mexicanos; ejercer notarialmente en actos y contratos que deban surtir efectos en México; impartir protección a los mexicanos residentes en sus respectivas jurisdicciones; actuar como auxiliares de los jueces de la

---

5 Molina, Cecilia. Práctica Consular Mexicana. México, 1978. Editorial Porrúa, S.A., segunda edición. pp: 15, 16 y sies.

República Mexicana y de los Agentes del Ministerio Público Federal; legalizar firmas y expedir certificaciones sobre la existencia de leyes mexicanas.

## 2 Convenciones Consulares.

En convenciones multilaterales, México es signatario de la convención sobre agentes consulares firmada en la Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928, celebrada con motivo de la sexta conferencia internacional americana y de la convención de Viena sobre relaciones consulares firmada en Viena, Austria el 24 de abril de 1963.

Se hace notar en la última convención, específicamente en el artículo quinto, inciso f), se menciona que dicho servicio consular deberá abarcar funciones notariales, así como funciones del registro civil y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre y cuando no se opongan a las leyes y reglamentos del Estado receptor.

En el inciso i) del mismo artículo, se otorga al cónsul la facultad de representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor de éste último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando por estar ausentes, o por cualquier otra causa, no pueden defenderlos oportunamente.

Siguiendo la redacción del ordenamiento en mención, en el inciso j) se obliga al funcionario consular a comunicar las decisiones judiciales y extrajudiciales, diligencias y comisiones rogatorias, de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor, y a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos de los Estados receptores.

En el artículo 22 de la convención vienesa, inciso c), se obliga

al cónsul a registrar los nacimientos y defunciones de los nacionales del Estado representado y registrar asimismo, los matrimonios celebrados conforme a las leyes del territorio, siempre que por lo menos una de las dos partes sea nacional del Estado representado. Queda entendido, sin embargo, que dichos registros de nacimientos, defunciones o matrimonios, que deba hacer un funcionario consular, no eximen de modo alguno a los interesados de cualquier obligación que conforme a las leyes del territorio contraigan ante las autoridades de su país de origen, ya sea para efectos de notificación, así como de registro de tales hechos.

Por lo que a nuestro tema toca, el artículo 30 de la convención señala que el funcionario consular deberá registrar los nacimientos, defunciones y matrimonios conforme a las leyes del Estado receptor, siendo como requisito que una de las partes sea nacional de dicho Estado y que, también debe recibir declaraciones concernientes a las relaciones familiares de los nacimientos del Estado que representa, cuando sean necesarias conforme a las leyes de dicho Estado, siempre que no estén prohibidas por las leyes del Estado receptor, lo cual se encuentra ligado con la labor de protección que las oficinas consulares mexicanas deben ejercer en el extranjero, presentándose con mucha frecuencia, que los mexicanos de clase humilde, generalmente, acuden a las oficinas del cónsul para exponer las dificultades surgidas en el seno de familia: (disgustos entre esposos, abandono de hogar por parte de algún familiar, problemas con los hijos, etc.), solicitando que tal funcionario los oriente o ayude a resolver esos problemas. Siendo esos casos muy frecuentes, ya que en colonias de mexicanos numerosas, esos conflictos no se resuelven con reglas estrictas y sí tomando en cuenta las circunstancias del caso, dependiendo del éxito del tino y habilidad con que se maneje, toda vez que esta labor requiere tacto, persuasión y psicología del funcionario que debe actuar como amigable componedor, función que se encuentra en el Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano de 1934, vigente, en su artículo 218 que dispone que en casos de desavenencias de carácter civil entre me-

xicanos, entre éste y los habitantes del país en donde residan, los miembros del servicio exterior podrán intervenir como amigables componedores para obtener un justo avenimiento, pero siempre que las partes en desacuerdo soliciten su intervención, ya que no puede actuar de motu proprio, debiendo ser ecuánime, imparcial y con un estricto sentido de justicia.

Si ni por la mediación se resuelve la controversia y las partes deciden acudir a los tribunales, el componedor debe abstenerse de patrocinar a cualesquiera de los contendientes y lo más que puede hacer es comunicar por escrito a la autoridad respectiva cuál fue el resultado de su mediación, esto siempre que sólo una de las partes sea mexicana y en el supuesto de que con ello lo favorezca(6).

Por lo que respecta a los documentos que necesitan el requisito de legalización de firma, el artículo 131 del Código Federal de Procedimientos Civiles, dispone que para que hagan fé en la República los documentos públicos procedentes del extranjero, necesitan estar debidamente legalizados por las autoridades diplomáticas y consulares. Este precepto se liga con los artículos 28 fracción X de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 272 del vigente reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano de 1934, el primero de los cuales asigna a la Secretaría de Relaciones Exteriores la facultad de legalizar las firmas de documentos que deban producir efectos en el extranjero y de los documentos que deban producir efectos en el territorio de la República Mexicana y el segundo de dichos artículos indica que los jefes de las oficinas del servicio exterior legalizarán, solamente, las firmas de las autoridades superiores y de las subalternas del distrito consular respectivo, así como de los notarios públicos del mismo, siempre que tengan conocimiento de ellas.

Se enfatiza que sólo necesitan legalización los documentos públicos extranjeros, tal como lo precisa la fracción X del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, inclu-

---

6 Molina, ob. cit. pp: 264 y 265.

yéndose los documentos públicos mexicanos expedidos por los funcionarios consulares y diplomáticos mexicanos, aunque procedan del extranjero.

Por lo que hace al artículo 130 del Código Federal de Procedimientos civiles señala que los documentos públicos expedidos por funcionarios federales, estatales y municipales, harán fé en juicio sin necesidad de legalización, por lo tanto, los documentos que expiden los funcionarios del servicio exterior no alteran, ni modifican la naturaleza jurídica de los documentos públicos mexicanos, pero los documentos que procedan del extranjero que sean procedentes de autoridades gubernamentales y notarios públicos, sí requieren legalización de firmas, así como los expedidos por diplomáticos y cónsules extranjeros acreditados ante el gobierno de México deben ser legalizados por la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que surtan sus efectos en el territorio nacional, aunque se hubieren originado dentro de él.

### 3 Funciones del Registro Civil.

" La ley ha encomendado a los miembros de carrera del servicio exterior, las funciones de jueces del registro civil en lo concerniente a los actos del estado civil de los mexicanos que se encuentren en el extranjero" (7).

Esta función ha quedado aprobada y reconocida en convenciones consulares multilaterales en las que México es parte, así por mandato expreso de la ley, queda plenamente indubitado que los citados miembros quedan en calidad de jueces del registro civil en el extranjero, por lo que las actas relativas que expidan tienen validez probatoria absoluta.

Veamos las diversas convenciones que a este respecto ha firmado México y que no operan íntegramente en el extranjero.

La convención de la Habana sobre agentes consulares en su artícu

7 Molina, ob. cit. pp: 175 y sigs.

lo primero estatuye que los cónsules ejercerán las atribuciones que les confiere la ley en su Estado, sin perjuicio de la legislación del Estado en donde desempeñen su cargo, de donde se colige, que si la ley nacional del Estado receptor lo permite, sí se llevarán a cabo tales funciones, pero en caso contrario, les será ve dado a los diplomáticos ejercer esta función de juez.

Por ejemplo Suiza, no permite que los funcionarios consulares y diplomáticos ejerzan funciones o autoricen actos del estado civil a sus connacionales.

Entre Panamá y México sí existe convención permitiendo el ejercicio de tales funciones.

Entre México y Estados Unidos de América se indica en la convención que se permite a los funcionarios consulares extender, atestiguar y certificar constancias del registro civil de los nacionales de cada país, pero apoyándose en las leyes de sus respectivos países.

La convención consular entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, también permiten a los funcionarios consulares realizar funciones de juez del registro civil, siempre y cuando uno de los contratantes sea nacional del Estado representado.

Lo mismo sucede entre México y la República Democrática Alemana en cuya convención se señala como parte de las funciones consulares el registro de nacimientos y las defunciones de los nacionales del Estado que envía, ocurridos en el Estado receptor y el registro de matrimonios o divorcios efectuados conforme a las leyes del Estado receptor, cuando por lo menos una de las partes sea nacional del Estado que envía.

Pero se aclara que en estas dos últimas convenciones se especifica como una de las facultades de los funcionarios, "la de registrar"



los matrimonios, por lo que haciendo un exámen se pone de manifiesto que de hecho esa parte es inoperante para los funcionarios consulares mexicanos al no poder aplicarlos, en virtud de que las disposiciones de la legislación mexicana los autoriza para celebrar los matrimonios de sus connacionales y no únicamente para registrar dicho matrimonio, cuando el mismo se hubiere celebrado conforme a las leyes del Estado receptor, sea que ambos contrayentes ostenten la nacionalidad mexicana o que la tenga solamente uno de ellos. Pero en dichas legislaciones no se reconoce a los funcionarios consulares la facultad de actuar como jueces del registro civil para autorizar y celebrar matrimonios de sus connacionales.

Haciendo un análisis del registro de divorcios, tampoco pueden registrarlos, ya que la celebración no fue autorizada por ellos, por lo que es inoperante la inscripción.

La convención entre México y Francia sobre contratos matrimoniales celebrada el día 3 de junio de 1908 y la convención sobre contratos matrimoniales entre México e Italia de 6 de diciembre de 1910 reconocen plena validéz a los matrimonios efectuados ante los ministros o cónsules de los respectivos países, entendiéndose que los contrayentes son nacionales de tales Estados.

Fuera de esos dos casos de excepción, en todos los demás países los mexicanos deben cumplir con las disposiciones concernientes al registro civil que prescriba la legislación del país en donde residen permanentemente o en forma transitoria.

Ello significa que para los interesados existe duplicidad de registros de los actos del estado civil, ya que un mexicano que nace en el extranjero tiene que ser inscrito en las oficinas del registro civil del lugar de su nacimiento e igualmente, en las oficinas de la representación consular mexicana.

En las convenciones entre México, Francia e Italia se estipula que los matrimonios celebrados ante los ministros o cónsules tie-

nen la misma validéz que los celebrados ante los funcionarios competentes de tales Estados receptores quedando únicamente obligados los funcionarios a enviar copia certificada del acta respectiva a las autoridades del registro civil del Estado receptor, para que sin costo alguno, hagan la inscripción (8).

4 Decreto de Promulgación de la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, suscrito en Nueva York el 10 de diciembre de 1962.

La mencionada convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diez de noviembre de mil novecientos ochenta y el instrumento de adhesión fue firmado el veinte de diciembre de ese propio año, mismo que fue depositado ante el Secretario General de las Naciones Unidas en febrero de mil novecientos ochenta.

El Ejecutivo Federal en cumplimiento a lo dispuesto por la fracción primera del artículo ochenta y nueve constitucional, lo promulgó a los veintrés días del mes de marzo del año de mil novecientos ochenta y tres (9).

Dicho instrumento fue ratificado por México recordando que el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice que:

1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad, ó religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 843 (IX) de 17 de diciembre de 1954 declaró que ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la fami-

---

8 Molina, ob. cit. pp: 176 y sigs.

9 Diario Oficial de la Federación. tomo CCCLXXVII. N°35. 19 de abril de 1983. Secretaría de Relaciones Exteriores. pp: 3,4 y 5..

lia son incompatibles con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por lo que se reafirma la obligación de todo Estado de adoptar todas las disposiciones adecuadas con el objeto de abolir dichas costumbres, antiguas leyes y prácticas, asegurando la libertad completa en la elección de cónyuge, aboliendo el matrimonio entre niños y la práctica de los esponsales de las jóvenes antes de la edad núbil, estableciendo las penas que fueren para quienes infrinjan tal fin y creando un registro civil u otra clase de inscripción de matrimonios.

Ya en materia, las disposiciones son las siguientes:

El artículo primero alude a que no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos consortes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la legislación. Reiterando así que no puede existir acto jurídico sin la manifestación de la voluntad, elemento constitutivo y esencial del mismo, exigiendo además, que la expresión libre, sin coacción, sin vicios del consentimiento que pueden anular el acto mismo. Como acto personalísimo debe ser de motu proprio la manifestación de la voluntad, con la excepción que hace el segundo apartado del artículo comentado que dispone que cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales para que una de las partes no pueda asistir personalmente a contraer matrimonio y que tal parte, del modo prescrito por la ley ha expresado su consentimiento de contraer nupcias, sin haberlo retirado, no será necesario que esté presente dicha parte, aceptándose por tanto, que se celebre dicho acto por conducto de apoderado o bien que se traslade la autoridad competente al domicilio de la parte ausente, según el caso.

Sin embargo, queda al arbitrio del juez del registro civil decidir, cuales son las circunstancias extraordinarias, otorgándosele

libre albedrío para ello y no existe en nuestra legislación vigente criterio que norme la decisión de tal autoridad.

## C A P I T U L O     I V

El matrimonio en el Derecho Mexicano Vigente.

1.- Constitución Política. 2.- Código Civil. 3.- Código Penal. 4.- Ley General de Población. 5.- Reglamento de la Ley General de Población. 6.- Acuerdos Relativos a la Materia. 7.- Ley de Nacionalidad y Naturalización. 8.- Régimen Jurídico del Registro Civil .

1     Constitución Política.

En relación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es necesario empezar por comentar la reforma habida al artículo cuarto constitucional, en el cual el varón y la mujer son iguales ante la ley, considerándose una garantía de igualdad y está inserto dicho capítulo dentro de las garantías individuales. Al igualar al hombre y a la mujer dentro de la institución que estudiamos, quiere decir que ambos tendrán iguales consideraciones e igual potestad en lo que a la familia se refiera, así como en el mando, superándose así la mujer, en cuanto a que no estará bajo la potestad del marido, como en los códigos de : '70, '84 y '28, y la Ley de Relaciones Familiares que aún contempla a la mujer si guiendo a su marido, donde quiera que él fuese, requiriendo el permiso para celebrar ciertos actos jurídicos, así como para trabajar, teniendo el marido la administración de los bienes de la mujer (1)

Dentro del mismo párrafo, se encuentra contemplada la fórmula de que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Así es que, el derecho de familia, se hace de orden público y sus normas, como tales, tienen supremacía sobre el derecho privado.

En lo tocante a que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos, coinciden algunos tratadistas en que dicha fórmu

1. Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928 para el Distrito Federal. ob.cit.

la indica, que el Estado deberá regular en el futuro, el número de hijos habidos dentro del matrimonio, ya que las medidas de control de la natalidad, se dice, son necesarias para contener los múltiples problemas: ecológicos, sociales, biológicos que causan los excesos de población. Otros juristas opinan que, de ésta manera, sólo se ha consagrado a nivel constitucional el derecho que toda pareja tiene de conservar su especie y de prolongarla, con el número de hijos que deseen. Sin embargo, a la fecha, no hay ningún ordenamiento que indique qué pasa a la pareja que de manera no responsable, ni informada, tenga los hijos que su propia naturaleza procrea, aún cuando las condiciones de vida que se ofrecen a los mismos, sea tan precaria, que pueda ser comparable a la de un animal, puesto que no existe una coerción que nos obligue a cumplir con el deber de una buena educación, alimentación para con ellos.

Para esto consideramos necesario que el legislador cree normas de derecho público, protectoras de la familia, en un código independiente y no inserto en el código civil como hasta ahora, ya que dicha materia tiene independencia jurisdiccional, así como doctrinaria, faltándole únicamente un código específico, para ser una rama del derecho unitario.

En el artículo 130 constitucional habla de la facultad que corresponde a los poderes federales, para designar leyes y que las demás autoridades obrarán como auxiliares de la Federación, indicándose que el matrimonio es un contrato civil (2), y que éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, teniendo la fuerza y validéz sus funciones, conforme las leyes se las atribuyan. El origen de éste párrafo fué exclusivamente para diferenciar el matrimonio civil del religioso, puesto que antes de las Leyes de Reforma, no se tenía una legislación civil, sino que se regía por el derecho canó-

---

2 Constitución General de la República. México, 1981. Edit. Porrúa artículo 130, párrafo tercero.

nico, además de que la repetida fórmula de que el matrimonio es contrato, fué heredada también de los canonistas, puesto que para la propia iglesia, así lo era .

Las formalidades para contraer matrimonio, son de que los pretendientes deberán comparecer ante el juez del registro civil y no frente al ministro eclesiástico, ya que la legislación civil no reconoce al matrimonio contraído religiosamente y lo eleva así a concubinato. Pero, ya hemos repetido, que la naturaleza jurídica del matrimonio no encaja en la definición de simple contrato, puesto que es una institución que tiene su parte contractual en lo que se refiere al patrimonio, pero se ha sostenido que en las disposiciones de las Leyes de Reforma, el propósito fué solo sustraer la validéz del régimen jurídico, a las leyes de la iglesia, para someterlo así a la autoridad civil.

Ahora que, muy importante es para los efectos del Derecho Internacional Privado, la reciprocidad internacional y para los efectos de aplicación de la ley, en relación a la condición jurídica de los extranjeros y los actos de éstos, como: el matrimonio, el divorcio, la sucesión hereditaria, etc. (ver el artículo 73, Fracción XVI, que establece: (3). Es facultad del Congreso de la Unión dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración, así como salubridad general en la República, y por tanto, toda disposición de esta materia, es federal y por ello, sólo los Tribunales Federales son los competentes para conocer al respecto, así como la legislación que los rija, será federal y de orden público, oponible al derecho común local.

## 2 Código Civil de 1928, (exposición de motivos).

La revolución política y social iniciada en 1910, forzosamente se proyectó sobre las concepciones jurídicas, sin embargo, el legislador mexicano esperó a que terminara tal movimiento y llegase la

3 Constitución. ob. cit. artículo 73, fracción XVI.

calma, para legislar en materia civil. Muchos hubiesen deseado un código socialista, sin embargo, tal no hubiera podido prosperar en atención a la innegable dependencia económica en la que México se halla respecto a otras naciones de contextura económica individualista. Creemos, desde luego, que el legislador mexicano hizo bien, ya que de ese modo no regresó el código civil a los moldes clásicos europeos, como hicieron los países que promulgaron códigos desde 1900. Panamá adoptó casi en su integridad el Código Español de 1916; el venezolano imita en todo al Código Italiano; Brasil sigue la tendencia del Código Alemán en combinación con el Suizo, hermanando así las tendencias del derecho germánico con el latino.

A decir del maestro Muñoz, el Código Civil Mexicano de 1928, sin llegar a la ortodoxia socialista contenida en el Código Soviético admite con valentía las modernas tendencias evolutivas del socialismo, pudiéndose decir que significa un intento feliz de código de derecho privado social. (4)

El Congreso de la Unión, mediante decretos del 7 de enero y 6 de diciembre de 1926, y del 5 de enero de 1928, confirió al Ejecutivo la facultad de ordenar un código civil. El Diario Oficial del 26 de mayo de 1928, cuya inserción terminó el 31 de agosto de aquel año, lo publicó de acuerdo a lo dispuesto por el artículo primero transitorio y la fecha de entrada en vigor fué a partir del 1° de octubre de 1932, rigiendo hasta entonces el Código Civil de 1884. La Ley de Relaciones Familiares de 1917, modificó con sus 555 artículos, el derecho de familia, que se transmitió a la Legislación Civil de 1928, ya que esa ley reglamentó el matrimonio, la paternidad y la filiación, así como la adopción, la deuda alimenticia, la tutela y otras instituciones familiares y admitió el divorcio por mutuo disenso.

En resumen, el Código Civil de 1928 pretendió armonizar los intere

---

4 Muñoz Luis. Comentarios al Código Civil. México, 1972. Editorial Palma, ediciones lex. pp: 19,20,21.



individuales con los sociales, corrigió el exceso de individualismo, reguló el orden familiar, así como el concepto de propiedad, tratando en esa forma de armonizar tales instituciones con las exigencias de la vida moderna, bajo el lema " La reforma del código civil, es incluídible deber de la revolución".

En las disposiciones preliminares y en el artículo 2, encontramos vaciado el sentido que nos indica el artículo 4 constitucional, equiparando la capacidad jurídica del hombre y la mujer, no quedando por tanto ésta última sometida, por razón de sexo o restricción alguna, en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles, quedando borrada así la incapacidad general que tenía la mujer en el código de 1884, para que desempeñara ciertos y determinados actos de la vida civil y no sometida a la autoridad marital.

Con referencia a los artículos: 12,13,14,15 y 16 del ordenamiento sustantivo, hemos comentado en el capítulo anterior, que van en relación con la aplicación de normas jurídicas en el espacio, esto es, que se refieren a conflictos de Derecho Internacional, ya sea interregional, interior o interterritorial. La ley como atributo del Estado, y de su soberanía, según el principio territorial obliga en un determinado espacio, y ninguna otra ley extranjera puede ser aplicada. Nuestro Código admite este principio y solamente admite la ley extranjera, en lo tocante a la forma de los actos jurídicos, y según Muñoz, ( 5), se debe a la diversidad de inmigrantes en América, justificándose la adopción de este principio.

Importante así a nuestro tema, entraremos de lleno en el Título Quinto, Capítulo Primero, artículo 139, que habla correctamente de los esponsales, promesa por escrito de matrimonio y que sólo podrán hacerla el hombre que haya cumplido dieciseis años y la mujer que tenga catorce, no produciendo esta promesa la obligación de contraer matrimonio, ni estipulándose pena alguna por no con -

traerlo, sino solamente trayendo aparejada la reparación económica del daño, ésto es, una indemnización pecuniaria fijada en relación a la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, y cuando se cause daño grave a la reputación del prometido inocente, por lo que toca a donaciones antenuptiales, tendrán derecho entre si a devolverse lo donado, pero éste derecho durará solo un año, corriendo la prescripción en este tipo de donaciones. Para el maestro Muñoz los esponsales no originan relación familiar alguna, y en nuestro Derecho, no son parte integrante del matrimonio.

En el capítulo II, se establecen los requisitos para contraer matrimonio, debiendo celebrarse ante los funcionarios que establece la ley, artículo 146, con las formalidades que éste exige. Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie, o a ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta. Sin embargo, esta disposición trasciende más allá del precepto cuarto constitucional, ya que en la actualidad se puede pactar, como hemos dicho, el número y espaciamiento de los hijos de una manera informada y responsable, pasando por tanto la perpetuación de la especie a un segundo término, ya que no es en sí un fin primordial de la unión de la pareja.

Como requisito, y en caso de que la pareja no tenga la edad requerida, el consentimiento de su padre y madre es necesario, si viven ambos, o bien el que sobreviva, artículo 149.

A falta de éstos, el de los tutores, después del de los abuelos paternos o maternos ante el juez familiar pueden acudir los menores, o bien ante el Jefe del Departamento del Distrito Federal y/o los Delegados, cuando los ascendientes o tutores se nieguen a dar el consentimiento para contraer nupcias o revoquen el que hubieren concedido, supliendo así estas autoridades al orden indicado. Y, en caso de que el juez se negara a suplir el consentimiento, se podrá

acudir al Tribunal Superior de Justicia, artículo 152.

Por otra parte, no se pueden revocar sin justa causa, el consentimiento firmado ante el juez del registro civil, los que ya lo hayan dado, aún cuando el tutor o ascendiente fallezca antes de que se celebre el acto. Pero siempre y cuando el matrimonio se celebre dentro de los ocho días siguientes después de haber hecho la solicitud, artículo 154, en relación con el 101.

El artículo 156 habla de los impedimentos para la celebración del matrimonio: 1.- La falta de edad requerida por la ley, cuando ésta no haya sido dispensada, (ya que ocasiona nulidad relativa). 2.- La falta de consentimiento de que los que ejerzan la patria potestad, del tutor, del juez; en sus respectivos casos, (nulidad relativa). 3.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural sin limitación de grado en línea recta, ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, hermanos o medios hermanos. En la colateral desigual, tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no obtengan dispensa. (en cuanto al primer párrafo, es nulidad absoluta el parentesco en línea recta, y solamente nulidad relativa, en el caso de tíos y sobrinos). 4.- El parentesco por afinidad en línea recta, sin limitación alguna (nulidad relativa). 5.- El adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado, (Nulidad absoluta). 6.- El atentado contra la vida de alguno de los casados, para contraer matrimonio con el que quede libre, (nulidad relativa). 7.- La fuerza o miedo graves, (nulidad relativa). En caso de raptó, subsiste el impedimento mientras la raptada no haya sido restituída a su hogar, o a lugar seguro donde libremente manifieste su voluntad. (nulidad relativa). 8.- La embriaguez habitual, la morfomanía, la eteromanía o el uso indebido de drogas y enervantes, que además sea persistente. La impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas, incurables y que sean además contagiosas o hereditarias. 9.- El idiotismo o la imbe

ilidad, (nulidad absoluta) y 10.- El matrimonio subsiste con persona distinta de aquella con quien se pretende contraerlo (nulidad absoluta).

El adoptante tiene prohibición de contraer matrimonio con el adoptado, o bien con los descendientes, mientras subsista el lazo de parentesco, artículo 157. Asimismo se extiende dicha prohibición, entre el tutor y pupilo, mientras no se obtenga la dispensa, la cual no será concedida por el juzgador, hasta que hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela, artículo 159.

El artículo 158, indica que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo dé a luz un hijo. En los casos de nulidad o divorcio, puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación; ésto para proteger al hijo y para que no exista duda en cuanto a la paternidad.

Un artículo muy propio a nuestra tésis, es el artículo 161, que indica que tratándose de mexicanos que se casen en el extranjero, dentro de los tres meses después de su llegada a México, se transcribirá el acta de celebración de matrimonio en el registro civil, y si la transcripción no se hiciera dentro de ese término, no surtirá sus efectos civiles el matrimonio así celebrado y sólo será a partir del momento de su transcripción. Esta disposición pone en desigualdad al mexicano, ya que como hemos repetido, el extranjero que celebró su matrimonio en su país, sí se le reconoce su acto sin necesidad de registrar el mismo, aún cuando esté domiciliado en la República Mexicana y este matrimonio no haya de surtir sus efectos dentro del mismo territorio.

#### De los derechos y obligaciones del matrimonio.

Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, artículo 162.

Inserto en el segundo párrafo del mismo ordenamiento encontramos la mención de que toda persona tiene derecho a decidir, de manera libre, responsable e informada del número y espaciamiento de los hijos, ejerciendo este derecho de común acuerdo dentro del matrimonio. Persiste la obligación de los cónyuges de vivir juntos en el domicilio conyugal, a no ser que alguno de ellos traslade su domicilio al extranjero, siempre y cuando no lo haga en servicio público, o social, pero no así, si establece en lugar insalubre o indecoroso. Ambos están obligados a contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación, así como a la de los hijos, distribuyéndose esta obligación en la forma y proporción, de acuerdo con sus posibilidades. A lo anterior no está obligado, el imposibilitado de trabajar, o el que careciere de bienes propios. Los derechos y obligaciones serán siempre iguales, independientemente de su aportación económica, para el sostenimiento del hogar.

El matrimonio tiene como fines: el remedio a la concupiscencia, la ayuda mutua, la cohabitación, pero en segundo término la prolongación de la especie, ya que ambos deberán estar de acuerdo para procrear. Tanto el hombre como la mujer tienen autoridad y consideraciones iguales en el hogar, pero cuando no se pongan de acuerdo en cuanto a la educación, administración de bienes, etc., el juez de lo familiar decidirá sobre la controversia, coartándose así la libertad, pues vemos muy difícil que un juez pueda resolver sobre conflictos internos de familia. Ya no se requiere autorización judicial para contratar entre ambos cónyuges, y se puede ser fiador del otro, máxime cuando se trate de otorgar caución para que obtenga su libertad alguno de ellos. (Reformas al Código Civil del 27 de diciembre de 1983); se puede optar contractualmente por la sociedad de bienes, de separación de éstos, en relación al matrimonio, debiéndose acompañar a la solicitud de matrimonio las capitulaciones matrimoniales. Al tenor de la libertad contractual de los cónyuges, éstos pueden estipular dentro de ciertos límites, el

régimen económico matrimonial, así como la comunidad de bienes en su totalidad o parte de éstos.

La comunidad de bienes no se conoció en el Derecho Romano y sí tiene su origen en el Derecho Germano. En España, bajo la forma de gananciales, es reglamentada ésta en el Fuero Juzgo, Ley 16, título II, Libro IV.

La comunidad universal de bienes la tienen obligatoria en Holanda, Noruega, Portugal y Brasil, pero en México puede optarse por un régimen mixto, éste es, la separación de ciertos bienes y la comunidad de otros, o la separación de éstos (6).

Las capitulaciones son consideradas como contrato condicional, (si nuptiae fuerent secutae), como contrato a plazo, Planiol y por Josserand y otros autores franceses, como contrato accesorio (7).

En el artículo 196, establece una sanción jurídica para abandono del hogar conyugal, antijurídico con repercusión económica. La separación económica de bienes, retiene en cada cónyuge la independencia a la administración de sus propios bienes, así como de su goce, y para algunos autores, tal situación implica una ausencia del régimen matrimonial (8).

Como podemos notar, nuestro Código Civil actual es omiso en definir el matrimonio, tal y cual lo habían hecho en el Código del '70 y el de '84 y la Ley de Relaciones Familiares. Quizás esto lo hizo el legislador con el ánimo de dejar en libertad con el transcurso del tiempo, a que las relaciones entre parejas fuesen definiéndose según la época.

Los fines del matrimonio que se han invertido en comparación con el Derecho Canónico, al igual que lo que indicaban los Códigos del '70 y '84 y la propia Ley de Relaciones Familiares o la omisión del legislador, tiene la tendencia a que la unión de un hombre y una mujer, no sea específicamente para prolongar su especie, sino

6 Ortiz Urquidi. ob. cit. pp.62 y sigs.

7 Rojina V. ob. cit. pp. 313 y sigs.

8 Rojina V. ob. cit. pp. 314 y sigs.

un avance en las relaciones humanas contemporáneas, uniéndose dos personas con fines económicos y sociales .

En el capítulo III se analizan los impedimentos en sentido comparado: la capacidad, la forma, requisitos y efectos, régimen de bienes y nulidad de matrimonio en los diversos códigos de los estados, por ello los omito en obvio de repetición.

### 3 Código Penal.

Dicho código no especifica qué es el matrimonio y sólo marca una pena para el adulterio y la bigamia, no conteniéndose en dicha disposición mención alguna a lo que se refiere a matrimonio. En cuanto a las causales de divorcio fijadas dentro del Código Civil, la mayoría deben ser aprobadas penalmente, ya que civilmente no tienen fuerza, quizá porque el legislador quiso proteger la institución del matrimonio, evitando la disolución de éste. Pero lo cierto es que, debido a la época que vivimos, nuestra opinión se sostiene en el sentido de que deberán actualizarse dichas causales y evitar así que muchas parejas, cuyas desavenencias son profundas, no puedan separarse debido a la intrincada legislación y a la dificultad de encuadrar su desavenencia dentro de la tipología penal.

### 4 Ley general de población.

Tomando de la Ley de Extranjería, Turismo y Población, (9), que contiene entre otras: la Ley de Nacionalidad y Naturalización, Ley para Promover la Inversión Extranjera, Ley General de Población, Ley Federal de Turismo, etc., en cuanto a la ley que descamos comentar, (10), se encuentra el artículo 68 que contiene la exigencia en cuanto a qué jueces y oficiales del registro civil tienen la obligación de no celebrar ningún acto jurídico relativo al estado civil en que intervenga algún extranjero, sin la aprobación previa, por parte de éste, de su legal estancia en el país y tra

9 Ley de Extranjería, Turismo y Población. México, 1981.

Ediciones Andrade, Cuarta edición.

10 Ley de Extranjería. Ob. cit. p. 438.

tántose de matrimonios entre mexicanos y extranjeros, deberán exigir además de la autorización de la Secretaría de Gobernación para celebrar las nupcias. En todos los demás casos deberán asentarse las comprobaciones a que se refiere ese artículo y darse a viso a la antes mencionada Secretaría del acto celebrado, (circular N°55, que dá a conocer la debida interpretación que se dará al artículo 70 de la Ley General de Población, artículo 68 del Código Nuevo, en lo relativo a las actas de nacimiento, defunción, matrimonio, divorcio y otros actos, (publicado en el Diario Oficial del 6 de junio de 1952), (11) .

Las actas de matrimonio no se levantarán sin el permiso previo de la Secretaría de Gobernación y verificando el acto se dará aviso al Departamento de Migración.

En la emancipación por efecto de matrimonio, el Oficial del Estado Civil se cercionará de que el matrimonio se celebró con el permiso de la Secretaría de Gobernación y, en caso contrario, con los datos correspondientes dará aviso al Departamento de Migración. En lo referente a las actas de divorcio, si éstos son tramitados ante el Oficial del Estado Civil, no se llevará adelante el procedimiento, hasta que el extranjero o extranjeros comprueben su legal estancia en el país y en todo caso se derá aviso a la Secretaría de Gobernación, tanto de la iniciación del procedimiento, como cuando el divorcio sea declarado.

En el artículo 69 se contiene la disposición de que ninguna autoridad judicial o administrativa dará trámite al divorcio, o nulidad en su caso, de los extranjeros que no acompañen la certificación que expida la Secretaría de Gobernación, de su legal residencia en el país y de que sus condiciones y calidad migratorias les permite realizar tal acto. (12).

En el segundo párrafo del artículo 72, (13), se nos indica que los jueces u oficiales del registro civil, así como jueces en ma-

11 Ley de Extranjería. ob. cit.439.

12 Ley de Extranjería. ob. cit. p.440.

13 Ley de Extranjería. ob. cit. p. 441.



teria civil o familiar, comunicarán a la Secretaría de Gobernación los cambios del estado civil de los extranjeros, dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que quede firme el acto, sentencia o resolución de que se trate, y dentro del capítulo de inmigración ( página 431 de la obra citada), se dá la prerrogativa a los extranjeros que contraigan matrimonio con mexicanos, o tengan hijos nacidos en el país, de que la Secretaría de Gobernación les autorice su intervención o permanencia legal en el mismo. Pero si llegare el vínculo a disolverse, o se dejare de cumplir con las obligaciones alimentarias que marca la legislación civil, se perderá la calidad migratoria que la Secretaría haya otorgado, y se señalará al interesado un plazo para que abandone el país, excepto si ha adquirido la calidad de inmigrado.

#### 5 Reglamento de la Ley General de Población (14).

Como todo reglamento de ésta índole, complementa lo que la ley marca y para los efectos de lo indicado en los artículos 68 y 69 de esa ley, los jueces u oficiales del registro civil y todas las autoridades judiciales o administrativas, deberán comprobar la legal estancia de los extranjeros que comparezcan ante ellos, en los asuntos que son de su competencia y que son tramitados ante los mismos, además de exigir los permisos y certificaciones y verificar las condiciones y calidad migratorias que le permitan al extranjero realizar el acto que se trata, debiendo en todo caso dar aviso a la Secretaría de Gobernación del acto realizado, y en el plazo señalado para cada caso por la ley. (15). Esto indica que deberá haber una coordinación continua entre los jueces civiles, familiares, así como el registro civil y la Secretaría de Gobernación, sin embargo, la legislación civil es omisa en este caso y muchas veces tal coordinación no se realiza.

Los actos que se efectúen en contravención a los requisitos antes mencionados, quedarán afectados de nulidad absoluta, (16). La de -

14 Ley de Extranjería. ob. cit. p.460-45.

15 Ley de Extranjería. ob. cit. p.461-44.

16 Ley de Extranjería. ob.cit. p.462-45.

claración de nulidad será hecha por los Tribunales Federales a petición del Ministerio Público Federal, previa acusación de la Secretaría de Gobernación, ésto es, se pasará a la materia federal, cuyo fundamento tiene su base constitucional.

El artículo 133 indica que para tramitar ante la autoridad judicial o administrativa un divorcio o nulidad de matrimonio a que alude el artículo 69 de la Ley General de Población y el 5 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, quedarán sujetos los solicitantes a las siguientes prevenciones:

I.- Deberán acudir a las autoridades de población, por escrito y con arreglo a las bases siguientes: a).- El cónyuge extranjero cuando sea el actor, en caso de juicio de divorcio necesario o de nulidad de matrimonio. b).- Los cónyuges que sean extranjeros, en juicios voluntarios o de divorcio administrativo.

II.- Sólo se expedirá el permiso a los extranjeros cuando el domicilio conyugal se hubiere constituido en el territorio nacional y posean calidad migratoria; características siguientes: a) no inmigrante. b).- Visitante. c) asilado político. d).- Estudiante, e)- Visitante distinguido. (se excluye aquí la calidad de turista). Inmigrante e Inmigrado.

III.-El solicitante acompañará original de su documentación migratoria.

IV La certificación se expedirá con validéz de noventa días contados a partir de su fecha. En cuanto a éste término se deberá estar muy al tanto, ya que si se recogen los documentos de la Secretaría con posterioridad a su expedición, el tiempo para que se lleve a cabo el juicio se acorta y entonces se tiene que pedir una nueva prolongación de término, pasando de nuevo todos los trámites, ya que la ley es omisa en cuanto al tiempo que debe correr y cuando empieza éste.

Es digna de comentarse la circular N°13-71 de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que es girada a los Notarios Miembros de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., en la que resuelve una consulta acerca del problema de la sociedad conyugal, cuando uno de los cónyuges es extranjero y el cónyuge mexicano adquiere un inmueble. (17).

La capacidad de los extranjeros para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesorios en la República Mexicana, está sujeta a lo dispuesto por el artículo 27 constitucional y sus leyes reglamentarias. Por consiguiente, cuando uno de los cónyuges es extranjero, el régimen de los bienes en la sociedad conyugal, debe ser considerado tanto en función de las disposiciones de las leyes ordinarias que estatuyen dicho régimen, como en función de los preceptos constitucionales citados en el párrafo que antecede. En tales circunstancias, los bienes raíces ubicados en México, dentro de la zona prohibida, de los que sea dueño el cónyuge mexicano, o los que adquiriera durante el matrimonio, le pertenecen exclusivamente y no quedan comprendidos dentro de la sociedad conyugal para el efecto del dominio sobre éstos por parte del extranjero. No obstante, cualquier disposición en contrario que pueda haber en la legislación ordinaria, ó en las capitulaciones matrimoniales, se opone el interés público y social al individual.

Si los bienes están fuera de la zona prohibida, el dominio sobre ellos podrá quedar comprendido dentro de la sociedad conyugal, en los casos en que las leyes aplicables, o las capitulaciones concedan ese efecto al contrato de matrimonio, pero es necesario que sí el cónyuge extranjero obtenga el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para éste efecto, ya que así lo marca el artículo 27 constitucional y sus leyes reglamentarias. Comentando la circular en cuestión: (es de hacerse notar que no priva la autonomía de la voluntad, en cuanto a las capitulaciones y que si un extranjero no cumple con lo previsto en cuanto a permisos, es

---

17 Ley de Extranjería. ob. cit. pp:262 bis, 14a. y 262 bis, 14a. vuelta.

nula toda capitulación, o sociedad conyugal que celebre, puesto que su capacidad para adquirir queda limitada por la propia constitución.

6 Decreto por el que se aprueba la convención sobre nacionalidad de la mujer casada. (18).

Presidencia de la República, José López Portillo, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. La Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, en ejecución de la facultad que le concede el artículo 76, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, decreta: " Reconociendo que surgen conflictos de ley y de práctica de nacionalidad, a causa de las disposiciones sobre las pérdidas y adquisiciones de la nacionalidad de la mujer como resultado del matrimonio de su disolución, o del cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio y en base a que en el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó que: Toda persona tiene derecho a una nacionalidad y que nadie podrá ser privado arbitrariamente de su nacionalidad, ni del derecho a cambiarla; deseosos de cooperar con las Naciones Unidas, para extender el respeto y la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción de sexo, han convenido en las disposiciones siguientes:

Artículo Primero.- Los Estados contratantes convienen en que ni la celebración, ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer.

Artículo Segundo.- Los Estados pactan que por el hecho de que uno de sus nacionales adquiriera voluntariamente la nacionalidad de otro Estado, o renuncie a su nacionalidad, no impedirá que la cónyuge

---

18 Decreto por el que se aprueba la convención sobre nacionalidad de la mujer casada,abierto a firma en la ciudad de Nueva York el día veinte del mes de febrero de mil novecientos cincuenta y siete.Publicado en el Diario Oficial el día 24 de enero de 1979.

conservar la nacionalidad que posee. Asimismo, una mujer extranjera casada con uno de sus nacionales, podrá adquirir si lo solicita, la nacionalidad del marido, mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada, con sujeción a las limitaciones que puedan imponerse por razones de seguridad e interés público".

Los Estados pactaron, que las normas que anteceden no podrán interpretarse en el sentido de que afecten a la legislación o práctica judicial y permiten a la mujer extranjera adquirir de pleno derecho, si lo solicitare, la nacionalidad del marido. Esta convención que firmó y ratificó México al través del Senado, es importante, ya que la mujer tiene independencia en cuanto a su nacionalidad en relación con el marido y no podrá por ninguna causa, privársele de ella por el hecho de estar casada.

#### 7 Ley de nacionalidad y naturalización.

Esta Ley hace mención en su artículo 15, de que para los efectos de adquisición, cambio o pérdida del domicilio de los extranjeros, se regirá únicamente este caso, en relación con el Código Civil en materia común, y mismo ordenamiento en materia federal. (19).

La competencia por razón de territorio no será prorrogable en ningún caso, en los juicios de divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros.

Ninguna autoridad judicial o administrativa dará trámite a divorcio y nulidad de matrimonio de los extranjeros, si no acompañan la certificación expedida por la Secretaría de Gobernación de su legal residencia en el país y de sus condiciones y calidad migratoria que les permita realizar tal acto. En cuanto al artículo 50, éste menciona que sólo la Ley Federal puede modificar y restringir los derechos civiles de que gozan los extranjeros, en consecuencia, los Códigos: Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Fe

deral sobre esta materia, tienen el carácter de federales y serán obligatorios en toda la Unión,

Esto va en relación con el conflicto de leyes que se suscita y que resuelve el artículo 15 del Código Civil que se mencionó en el capítulo anterior. Ahora, comentaremos el Reglamento para la Expedición de Certificados de Nacionalidad Mexicana por Naturalización. (20).

En el artículo noveno de este reglamento se contiene, que la extranjera que haya contraído matrimonio con mexicano, podrá solicitar su certificado de nacionalidad mexicana por naturalización y, para ello, deberá hacer renuncia expresa de su nacionalidad de origen y su protesta de adhesión a las leyes y autoridades de la República Mexicana, y comprobar su residencia legal en el país y la nacionalidad mexicana del esposo. Asimismo la mujer extranjera cuyo esposo adquiriera la nacionalidad mexicana con posterioridad a la fecha del matrimonio, podrá solicitar el certificado de nacionalidad mexicana correspondiente, mediante la comprobación ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, de su residencia en el país, de la celebración de su enlace y de la adquisición posterior de la nacionalidad mexicana por parte del esposo, debiendo renunciar y protestar por escrito, lo que las leyes mexicanas indican.

#### 8 Régimen jurídico del registro civil.

Esta es una institución de orden público y es indudable que el estado civil exige que consten de un modo documental y auténtico los hechos y actos jurídicos concernientes a las personas. Su origen es poco remoto, aunque algunos autores pretenden que los registros organizados en Roma por Servio Tulio, son ya el antecedente de dicha Institución. (21).

Se agrupa también como antecedente, lo dispuesto por el Concilio de

20 Ley de Extranjería. ob. cit. pp: 212-6-2.

21 Muñoz, ob. cit. pp: 53 y 54.

Trente celebrado entre el 13 de diciembre de 1545 y el 4 de diciembre de 1563, que confirió a los párrocos, el cuidado y custodia de los registros de nacimientos, defunciones y matrimonios, ya que con anterioridad el estado civil era testifical. La Revolución Francesa secularizó éstos registros y se les encomendó a los funcionarios públicos. En nuestro país, los españoles crearon los registros parroquiales, mismos que se secularizaron con cédula real del 21 de marzo de 1749 y reales ordenes del 8 de mayo y 15 de agosto de 1801, al disponer ciertos modelos y establecer normas relativas a la conservación y custodia de tales registros. Estas disposiciones estuvieron vigentes hasta el 27 de enero de 1857, día en que se estableció el Registro Civil y cuyo Estatuto Provisional de la República fué su antecedente, sin embargo, la secularización se perfeccionó hasta el 28 de julio de 1859, ya que ésta ley fué modificada en tiempos de Maximiliano, a través del Decreto del 5 de diciembre de 1867 revalidándose las actas registradas hasta esa época.

Con posterioridad se promulgaron diversas disposiciones y leyes que ya reglamentaron en forma el registro civil y dieron legalidad a sus actos y funciones. Las actas extendidas, así, hacen prueba, tanto como las inscripciones y gracias a que actualmente el registro trabaja con sistemas modernos y en relación a estadísticas pormenorizadas, su servicio es hoy eficiente y ágil, permitiendo así que todo mundo compruebe su estado civil y su capacidad personal.

En cuanto al registro civil en el extranjero, éste se rige por la Ley Orgánica del Servicio Exterior y su Reglamento, así como por las diversas disposiciones que la práctica consular mexicana ha dado.

El código civil vigente, en su título cuarto, hace mención del registro civil (Págs.: 18, 19, 20 y 21, y siguientes del código actualizado y concordado con jurisprudencia obligatoria). (22) Es a los

---

22 Código Civil vigente para el Distrito Federal, título cuarto, México, 1981. Edit. Porrúa, S.A. pp: 18, 19, 20, 21.

jueces del registro civil a quienes está permitido extender las actas relativas a matrimonio y muerte de los mexicanos y extranjeros, residentes en los perímetros de las delegaciones dentro del Distrito Federal y así como en los Estados, puesto que como vimos, la Institución del Registro Civil rige a toda nuestra República. El artículo 39 indica, que sólo puede probarse con las constancias relativas al registro civil, el estado de las personas y ningún otro medio será admitido, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley, ésto es, en los casos en que no hayan existido registros, o se hayan perdido, o estuvieran ilegibles, o falten las formas en que se pueda suponer que se encontraba un acta, así se podrá recibir prueba del acto por instrumentos o testigos. (artículo 40).

El artículo 44 previene que, cuando los interesados no puedan ocurrir personalmente para contraer matrimonio, podrán hacerse representar por mandatario especial para dichos actos, como el matrimonio, en el que se necesita de un poder otorgado en escritura pública, o mandato privado, expedido por escrito y firmado por el otorgante y dos testigos, y ratificadas las firmas ante notario público, juez de lo familiar o de paz.

El artículo 51 establece que el estado civil adquirido por los mexicanos fuera de la república, se probará como suficiente con las constancias que éstos presenten, sujetándose a lo previsto por el Código Federal de Procedimientos Civiles y siempre que se registren en la oficina que corresponda del Distrito Federal o de los Estados de la República.



## C A P I T U L O      V

El Matrimonio en el Derecho Comparado.

1.- En América.- 2.- En Oriente 3.- En Occidente(Continental Europeo).

1 América.

El derecho en las veinte naciones de América Latina pertenece sin discusión posible al sistema jurídico occidental y está ligado tradicionalmente al grupo francés de ese sistema.

En todos ellos podemos encontrar un íntimo parentesco por su fondo y en su forma con los códigos europeos y en particular, con el francés, por lo que a derecho civil se refiere.

Sin embargo, la aplicación legislativa en América es muy diferente. En casi todos los países centro y sudamericanos encontramos dictaduras de tipo militar que obligan a que el derecho privado sea ejercido en muy diversa forma, a como se hace en Europa. Además todas las constituciones americanas tienen su base en la norteamericana, lo cual hace que los ordenamientos inferiores, como sería el caso del derecho civil, sean aplicados conforme la situación lo requiere.

Su fundamento histórico es el derecho español, el portugués y el francés, puesto que las civilizaciones autóctonas no dejaron huella jurídicamente apreciable (1).

Desde la conquista hasta el fin de la época colonial y todavía a barcanco un poco del México independiente, se tomaron como bases: El Fuero Juzgo, Las Siete Partidas y las Recopilaciones de las Leyes de Indias, así como ordenanzas provenientes de España. Ya que en los siglos XIX y XX se reemplazaron estas legislaciones por códigos, que en su origen, fueron inspirados en el derecho francés.

---

1 René, David. Derecho Civil Comparado. Madrid, 1953. Edit. Revista de Derecho Privado pp: 273 y sigs.

A modo comparativo, más que extensivo, veremos la institución matrimonial en algunas legislaciones americanas:

### Argentina.

En el código civil argentino se hace distinción entre incapacidad para celebrar el matrimonio y la aptitud nupcial. En el primer caso, no puede ser capaz de celebrar matrimonio, quien tiene un impedimento dirimente, como puede ser el caso de que exista subsistente otro matrimonio, sin disolver, con persona diversa a la que pretende contraerlo, o bien el que pretenda casarse siendo presunto homicida de un cónyuge, con el que quedó libre.

La aptitud nupcial se refiere a la edad para contraer matrimonio, ya que los menores de catorce años tienen impedimento.

Los impedimentos son como en todos los códigos del grupo francés, impedientes y dirimientes, trayendo como consecuencia los primeros la ilicitud, pero no la invalidéz y los segundos al contrario.

### Impedimentos dirimientes.

- a) La consanguinidad entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, sean éstos legítimos o ilegítimos.
- b) La consanguinidad entre legítimos e ilegítimos hermanos.
- c) La afinidad en línea recta en todos los grados.

Un impediente es la prohibición para contraer nupcias entre adoptante y adoptado, así como entre el cónyuge del adoptante y el adoptado, o entre los hijos del adoptante y el adoptado; y la edad mínima es de dieciseis años en el hombre y catorce en la mujer.

La ley argentina prohíbe el matrimonio en caso de locura, y según algunos doctrinarios, se basa en una cuestión de ética

más que eugenésica, siendo ésta muy general y refiriéndose a cualquier grado de locura. También existe prohibición a matrimonios entre leprosos, o bien una persona sana y la otra enferma de lepra. Las nupcias celebradas entre personas afectadas de enfermedades venéreas, pero en período de contagio, (exigiendo la ley la presentación de un certificado a los varones, previo a la celebración de la unión).

La autorización de los padres, tutores o personas en quienes esté la patria potestad podrá ser verbal, o por escrito, substanciándose sumariamente la misma.

El certificado prenupcial se exige únicamente al varón, y una vez otorgado, tendrá solo vigencia de siete días.

Los requisitos son idénticos a los exigidos por el código civil mexicano, en cuanto a la formalidad de manifestar la voluntad de los contrayentes frente al oficial del registro civil, levantándose al efecto un acta circunstanciada. Preside éste acto el funcionario antes mencionado, siendo, por tanto, solemne el matrimonio, igual que en nuestro ordenamiento civil.

Para aprobar los matrimonios realizados por argentinos en el extranjero, se apega esta legislación a los principios de derecho privado, produciéndose prueba plena con la presentación del acta de celebración de las nupcias debidamente autenticada y se admite el testimonio para probar el matrimonio.

En cuanto a la nulidad del matrimonio se toma en consideración el error sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil que vicia el consentimiento matrimonial, llamándose éste, error de nulidad.

El dolo tiene una significación multívoca, ya que tanto se refiere a la conducta capaz de viciar la declaración de la voluntad, como a la intención de dañar y permite diferenciar el delito, del cuasi

delito, para ello se requiere que éste sea grave, determinante y que se haya ocasionado una lesión importante, y además que no sea recíproco.

Los regímenes patrimoniales que se pueden optar son: el de la sociedad conyugal y el de la separación de bienes con una modalidad que es que dentro de las capitulaciones se podía realizar un testamento a favor de la esposa, proviniendo eso por la interdicción de la mujer, así se determinó que ésta, no podía recibir herencias (2), ya que sólo podía recibir las si se le nombraba un tutor, siendo incapaz de ser heredera por sí misma, por lo que para evitar que la esposa no quedara desprotegida a la muerte del marido, desde las capitulaciones, se podía pactar lo que ésta heredara.

Entre las obligaciones que conlleva la institución se encuentra la procreación, ya que ambos cónyuges están obligados al débito conyugal, derivando esta obligación del deber de cohabitación, que no sólo implica el mismo techo, sino las relaciones sexuales y que la negativa a tal acto, configura una injuria grave que es causal de divorcio.

El deber de fidelidad que obliga tanto al hombre como a la mujer tanto que quien faltare a ello, tendrá como sanción el que le sea configurada otra causal de divorcio.

En igualdad de derechos se encuentran los países de Bolivia, Perú, Chile, Uruguay, Paraguay, Costa Rica y otras naciones y es diversa en el Brasil, cuya fuente proviene del derecho portugués.

Brasil en su legislación obliga a la mancomunidad de bienes, no existiendo el régimen de separación, por lo tanto, todo lo que les pertenezca a los cónyuges antes y después de contraído el matrimonio, formará parte de la comunidad universal, surgiendo ésta para protección del patrimonio de los hijos.

Guatemala siguió los pasos de Cuba, basándose en el Estatuto de las

---

2 Código Civil Argentino. Buenos Aires, 1981. Editorial Argentina  
Título del matrimonio civil. Leyes 14393, 14394 y Decreto Ley  
4070/56.

uniones de hecho que en dicha República rige, expedida por el Congreso una disposición en la cual se determina como urgente establecer cuáles uniones, entre personas capaces de contraer matrimonio, deben equiparar por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil, bastando la simple comparecencia de los cónyuges ante un alcalde o notario público, manifestando su deseo de contraer matrimonio para que se haga constar su unión; expresándose si tienen hijos, cuántos son, y los bienes que tuvieren. Los datos se inscribirán en el registro público de la propiedad y en el acta que extiendan cualquiera de los dos funcionarios mencionados, se hará constar en el registro civil, así como el fallo ejecutoriado que en su caso dicte el juez declarando una unión de hecho.

Se advierte que en todas las demás disposiciones, Guatemala sigue al sistema latinoamericano con sus fundamentos españoles.

En un caso similar se encuentra Bolivia, que en su artículo 131 de la Carta Magna de 1945 reconoce las uniones concubinarias como matrimonios de hecho con el sólo transcurso de dos años de vida en común, verificable por todos los medios de prueba (3).

Cuba en su legislación de familia también reconoce las uniones de hecho, sin embargo, se puede advertir que dicho país sigue legislativamente hablando, al código soviético, dado el cambio político que sufrió con la caída de Batista y el triunfo de la revolución socialista que encabezó Fidel Castro.

A diferencia de las Repúblicas mencionadas anteriormente, Venezuela sólo toma en cuenta el aspecto patrimonial de las uniones de hecho, ya que en el artículo 767 de su código civil del 14 de agosto de 1942, establece que: "se presume la comunidad de bienes, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido con su trabajo a la información o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer a-

---

3 Ortíz Urquidi, Raúl. Matrimonio por comportamiento, Tesis Doctoral. México, 1955. Edit. UNAM p.104.

parezcan documentados a nombre de uno sólo de ellos. Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre los respectivos herederos, y también entre uno de ellos y los herederos del otro, salvo caso de adulterio".(4).

Sin embargo, Venezuela no habla como Guatemala de que las uniones de hecho sean elevadas a categoría de matrimonio y sólo aborda el aspecto patrimonial de los bienes, para protección de la prole que derive de esas uniones concubinarias.

En las demás disposiciones civiles referentes a la familia, sigue al Código Napoleónico y a la Legislación Española.

#### Código Civil Brasileño.

(Vademecum Forense) (5)

Para hacer una introducción al código civil de éste País, me he permitido traducir los puntos más importantes acerca de la institución que nos ocupa, como sigue:

Sólo el oficial del registro civil es el que extiende la habilitación para contraer nupcias y para ello exige:

- 1 El certificado de edad, o prueba equivalente.
- 2 Declaración de estado, domicilio y de la residencia actual de los contrayentes, y de su país, si es que éstos no fueren conocidos.
- 3 Declaración de las personas que tengan bajo su tutela o patria potestad a los futuros contrayentes, o bien el acto judicial que supla el consentimiento de éstos.
- 4 Declaración de dos testigos mayores, parientes o extraños que conozcan a los pretendientes y afirmen que no existe impedimento para celebrar el matrimonio.

Si el contrayente ha vivido en otro Estado, deberá presentar prueba de aquél, en el sentido de que no exista impedimento, o de que

4 Ortíz Urquidí. Ob. cit. p.106

5 Vademecum Forense. 8a. edição. Legislação Civil. Brasília, 1982. Editora Brasília /Rio. pp: 101 a 117.

si existió, ya no persiste.

Existe la costumbre de publicar la proclama de casamiento en publicaciones que se fijarán por quince días en los lugares visibles del edificio donde ha de llevarse a cabo el matrimonio, así como en periódicos de mayor circulación.

Pasado este plazo y no existiendo impedimento, el oficial del registro civil certificará que los futuros consortes pueden contraer nupcias dentro del término de tres meses, contados a partir de dictada la certificación.

En cuanto a impedimentos, esos pueden ser dirimentes o impedientes, no variando substancialmente de la legislación mexicana, ni de los que se analizan.

La edad varía, puesto que se exige en la mujer como mínimo dieciséis años y en el hombre dieciocho, pero pueden contraer nupcias con permiso de los que ejercen la patria potestad, marcándose como mínimo catorce años en la mujer y dieciséis años en el hombre.

Existe impedimento respecto al viudo o viuda que tengan hijos del cónyuge fallecido, puesto que antes de contraer nuevas nupcias deberán hacer un inventario de bienes del matrimonio anterior y hacer la partición de herencia .

La viuda o la mujer cuyo matrimonio haya sido anulado después de diez meses de comenzada la viudez o anulación tiene impedimento para casarse, a menos que durante ese lapso dé a luz un hijo.

Los tutores, curadores, sus ascendientes o descendientes, tienen impedimento de contraer nupcias con el pupilo, mientras no hayan rendido sus cuentas de tutela, salvo que el padre o la madre de uno de los contrayentes hayan autorizado el matrimonio por testamento, o se haya interpuesto un escrito ratificando su voluntad de que dicho matrimonio se lleve a cabo.

El juez o el escribano, sus ascendientes o descendientes, tienen impedimento de casarse con el huérfano o la viuda, dentro de la circunscripción territorial en donde juzguen.

De la filiación espuria resulta afinidad y por lo tanto hay impedimento para contraer nupcias y también lo hay como resultado de la filiación natural no legítima.

Hay que hacer notar que este código no define lo que es el matrimonio, sin embargo, en su artículo 230 menciona los fines del mismo y que son:

- I Fidelidad recíproca.
- II Vida en común en el domicilio conyugal.
- III Asistencia mutua.
- IV Sustento, custodia y guarda de los hijos.

Se establece que el régimen de bienes a que se sujeta el matrimonio comienza a partir de la fecha en que se celebró y cuando éste fuere anulado por causa de alguno de los cónyuges:

- a) El cónyuge culpable perderá todas las ventajas que obtuvo del matrimonio y el cónyuge inocente las conservará.
- b) La obligación de cumplir con todo lo pactado en el contrato prenupcial, persiste.

El articulado del Vademecum hace expresos los deberes de ambos contrayentes y el marido es el jefe de la sociedad conyugal, función que ejerce en colaboración con la mujer. El debe administrar los bienes comunes del matrimonio y de los hijos y es el representante legal de la familia. Tiene el derecho de fijar la residencia de la familia, salvo que perjudique los intereses de ésta. Tiene que proveer a la manutención de todos y sólo cesa su obligación de mantener a la mujer cuando ésta abandona el hogar conyugal, sin causa justa y rehusa a volver. En este caso el juez puede ordenar en provecho del marido y de los hijos, el se-



cuadro temporal de los rendimientos que den los bienes de la mujer.

El marido no puede, sin el consentimiento de la mujer, sea cual fuere el régimen de bienes:

- a) Alienar, hipotecar o gravar los derechos reales.
- b) Responder en pleito con esos bienes.
- c) Dar fianza.
- d) Hacer donación no remuneratoria con los bienes o rendimientos comunes.
- e) Disponer de la dote nupcial de sus hijas, o de la dote nupcial hecha a sus hijos, o bien establecer un régimen de economía separada. En todo caso el juez hará nulos los actos que se hagan en contravención de lo antes establecido, a petición de la mujer.

En cuanto a los derechos y obligaciones de la mujer se preceptúa:

La mujer en el matrimonio adquiere los apellidos del marido y se convierte en su compañera, consorte y colaboradora de los deberes de la familia, debiendo velar por el bien material y moral, así como por la dirección de la familia.

Si el régimen de bienes fué de comunidad universal, el marido deberá otorgar a su mujer la dispensa para la defensa de esos bienes, frente a los demás.

La mujer no puede sin autorización del marido:

- I Practicar actos en los que esté impedida como mujer.
- II Alienar, gravar, o hipotecar bienes particulares o bienes que pertenezcan a la sociedad conyugal.
- III Alienar sus derechos reales sobre inmuebles antes mencionados.

IV Contraer obligaciones que pongan en peligro los bienes del matrimonio.

La autorización para realizar éstos actos, por parte del marido, debe constar en instrumento público o particular, previamente autenticado.

Sólo puede suprimirse la autorización del marido en caso de defensa de productos del trabajo de la mujer, salvo estipulación contraria en el pacto antenupcial.

Se presume que la mujer está autorizada por el marido para comprar a crédito las cosas necesarias a la economía doméstica, así como para contraer obligaciones propias a su profesión o industria, y esta autorización puede ser suprimida por el marido.

Como algo extraordinario, la mujer puede reivindicar los bienes comunes; muebles o inmuebles, dados o transferidos por el marido a la concubina, artículo 248.

El régimen de bienes debe ser en comunidad universal que incluya todos los bienes presentes y futuros de los consortes.

Se pueden excluir ciertos bienes que provengan de herencias o bien hayan sido donados, así como ciertos rendimientos que tales bienes produzcan, pero la generalidad entra en la comunidad de éstos.

No existe el régimen de separación de bienes, pero en las capitulaciones, también pueden excluirse bienes muebles que pertenezcan en particular a uno de los consortes. El administrador de toda la masa patrimonial, será el marido.

La dote debe constituirse siempre en escritura antenupcial, haciéndose mención de los bienes sujetos a la misma y pueden hacerlo los ascendientes de la mujer o ella misma.

En la celebración del matrimonio deben llevar las partes un procu-

rador y dos testigos por cada consorte.

La legislación brasileña tiene enorme parecido a nuestro código civil de 1870, así como al de 1884.

## 2 En Oriente.

### Legislación Rusa.

Para entrar a este derecho es necesario revisar su sistema, ya que el mismo, es opuesto al derecho occidental (6), vigente en las dieciséis Repúblicas de la Unión Soviética, así como en la Europa Oriental (zona soviética alemana) y cuyo influjo se ha extendido a diversas repúblicas de la Mongolia exterior y Corea del Norte, así como en ciertas provincias exteriores de la Chiha (Manchuria, Mongolia Interior y Sinkiang).

El derecho anterior a la revolución bolchevique de 1917 pertenecía al sistema de derecho romano, ésto es, al tipo francés.

Al contacto de la civilización rusa con el cristianismo en el siglo XI, se compilan todas las costumbres rusas en leyes bárbaras y al mismo tiempo se desarrolla el Rousskhaia Pravda (derecho ruso) que se enriqueció con el derecho bizantino, venido del Imperio Oriental Justiniano.

Recorrer la historia del derecho ruso sería largo y no propio a esta tesis, pero según los doctrinarios hasta 1917, Rusia tenía gran similitud con el derecho francés y su lenguaje jurídico, a pesar de las transformaciones, nos es común.

Lo original en el derecho ruso es que está ligado a una filosofía distinta de aquella sobre la que reposa el Common Law o el derecho francés, y por otra parte, es el producto de una nueva organización de la producción y está en estrecha relación con la estructura socialista de la economía soviética.

6 René David. ob. cit. pp: 233 y sigs.

Todos los juristas rusos se adhieren unánimemente a la doctrina filosófica expuesta por Karl Marx y Federico Engels y que se complementó con el poder de Lenin y Stalin, constituyendo el marxismo-leninismo, fundado sobre la tésis del materialismo histórico y la dialéctica materialista.

El principio burgués de la separación de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial es totalmente opuesto al derecho socialista, puesto que su ideología sostiene que, dicha división atenta contra la verdadera soberanía del pueblo y sólo bajo la igualdad económica y social de los ciudadanos, se encontrará la libertad; ésto es, priva la unidad de poderes.

El Tribunal Supremo de la U R S S, autoridad administrativa, tiene facultades para imponer directrices, mediante las cuales se indica como debe interpretarse el derecho soviético que, por cierto, actualmente no es prolífico en cuanto a leyes, decretos y reglamentos.

Sobre esta base, cabe mencionar que el maestro Ortíz Urquidi, en su obra citada (7) relata que la legislación rusa de 1945 no tenía solemnidades, ni formalidades, para el matrimonio, pues: " la mera coincidencia de la voluntad del hombre y la mujer para unirse y el hecho de la unión, constituían el matrimonio, sin necesidad de la intervención de ningún funcionario, sin que se forme ningún expediente y sin que medie declaración alguna oficial en nombre de la ley y de la sociedad". (8).

Sin embargo, hace notar el autor, que esta concepción no corresponde a la establecida en el primer código soviético; o sea, el de 1918, ordenamiento que se fué derogando por el código de 1926 y cuya tendencia doctrinal era la de aplicar los ordenamientos políticos adoptados sobre la separación de la iglesia y del Estado y a la organización familiar. En él se establecía que sólo el matrimonio civil (laico), registrado ante los organos correspondientes y

---

7 Ortíz Urquidi. ob. cit. pp: 108 v sigs.

8 Ortíz Urquidi. ob. cit. p.110.

las actas del estado civil, engendraban los derechos y los deberes de los esposos, expuestos en el capítulo correspondiente al matrimonio.

En el nuevo Código de 1926 se conserva la formalidad del registro del matrimonio, modificando su función jurídica, dejando de ser contrario solemne, únicamente conservando el valor declarativo de una prueba oficial.

Posteriormente, en 1945, en el artículo primero del Código de Familia, se estableció que sólo el matrimonio registrado crea los derechos y obligaciones previstos en tal ordenamiento, y referente al divorcio, se estableció que sólo privaría éste, si era declarado por el Tribunal Supremo, pudiendo ser solicitado por ambos cónyuges o por uno.

En el libro de "Fundamentos de Derecho Soviético" (9) se define a la familia como la célula de la educación comunista y como una forma social que satisface los profundos intereses personales del hombre y sirve al propio tiempo a los de la sociedad en su conjunto, siendo además una de las misiones más importantes del Estado Soviético, la de robustecer a ésta; ya que todas las normas del derecho familiar están encaminadas a la solución de esa tarea.

En los actos legislativos promulgados en los primeros meses que siguieron a la Revolución, se efectuó la transmisión del registro de actas del estado civil y que eran de la competencia de la Iglesia, a la del Estado. Se suprimieron todo género de restricciones de los derechos de la persona en cuanto a la celebración del matrimonio; por ejemplo, la dependencia de la religión, de la nacionalidad, del consentimiento de los padres, tutores y jefes, y además se liquidó el estado de subordinación de la mujer como madre y como cónyuge, en las relaciones personales y patrimoniales.

La legislación rusa define al matrimonio como una unión voluntaria

---

9 Fundamentos de Derecho Soviético. Rusia, 1962. Edit. en Lenguas Extranjeras, Academia de Ciencias de la U R S S pp: 8 y sigs.

y libre del hombre y la mujer, previendo la libre determinación del casamiento, de la creación de la familia y de la elección del cónyuge.

Interesante es hacer notar, que no se requiere del consentimiento de nadie, ni siquiera de los padres, para contraer matrimonio.

Acepta la unión monogámica, refrendando con todas sus normas a ésta como la forma superior del matrimonio en el desarrollo de la sociedad, estableciendo, además que no todas las relaciones que nacen entre el hombre y la mujer son de carácter jurídico, sino que conllevan una parte moral, que tiene sus principios en la política socialista.

Los derechos y obligaciones que se contraen con la institución, son: comunidad de bienes, derechos sucesorios recíprocos; derecho a obtención de la pensión, o el subsidio del Estado.

En cuanto a las uniones concubinarias no se reconocen éstas y carecen de derechos y deberes conyugales los concubinos.

Las uniones de hecho, que prevalecían hasta 1944, y que provenían del derecho ucraniano ya no son reconocidas como matrimonios, puesto que sólo el matrimonio registrado ante los tribunales u órganos del Estado Civil son los que hacen prueba plena.

Los requisitos para contraer nupcias y cuya inobservancia trae consigo la invalidéz, son: el mutuo acuerdo; libre y voluntario. La edad requerida es de dieciocho años, tanto en el hombre, como en la mujer.

Se considera que la enfermedad y la debilidad mental impiden que se manifieste libremente la voluntad para contraer nupcias.

No debe existir ningún grado de parentesco entre los contrayentes en línea recta, parentesco por afinidad, así como en línea colate -

ral. En algunas Repúblicas se prohíbe el matrimonio entre adoptante y adoptado, entre tutor y tutelado, hasta que se extingan las relaciones jurídicas entre éstos.

Es al Tribunal Supremo de la U R S S al que corresponde la declaración de nulidad de matrimonio y sólo por sentencia judicial, dictada al respecto, se puede alegar la invalidéz de un casamiento.

Una vez declarada nula la unión se significará que no se han creado derechos, ni deberes conyugales entre las personas que hayan contraído tal matrimonio, retrotrayéndose los efectos de nulidad, hasta el momento de la celebración del matrimonio; pero, el reconocimiento de nulidad de matrimonio no modificará la situación jurídica de los hijos habidos en él.

Aunque este sistema ruso tiene mucho de parecido al sistema socialista chino, debe tomarse en cuenta que la actual legislación de ambos países, es diversa, y que el sistema chino está más imbuido de los principios socialistas de Marx, difiriendo por tanto, la aplicación política que en ambas legislaciones se discute como indispensable.

Por lo antes observado, en Rusia prevalece el sistema de matrimonio estrictamente civil y contractual, sin solemnidades, ni formalidades establecidas en el derecho francés.

#### República Popular China.

China es un país que aún sigue siendo un enigma para todo occidental, desde que Mao la reformó convirtiéndose en un sistema socialista llamado de la línea dura, que sigue al marxismo-leninismo-maoísmo. Al respecto, me permito traducir de la Revista de Derecho Internacional Privado y de Derecho Comparado, en su tomo LVI de 1979 (10) lo siguiente:

El modelo familiar chino que fué constituido después de 1949 (Mao

---

10 Lenoble Jacques. Le Droit du mariage et du divorce en République populaire de chine. Bruselas, 1979. Revue de Droit international et de Droit comparé. Etablissements Emile Bruylant. tome LVI, pp: 8 a 33.

Tse Tung), no se puede comprender, si no es referido al modelo histórico. Su relación fundamental tiene una temporalidad política que configura la aplicación y justifica que el derecho material del matrimonio y del divorcio sean descritos a través de las diversas campañas políticas que acompañaron a los períodos propios de la revolución china, tanto social, como cultural.

### Esquema Teórico.

El primer esquema teórico se basa en el materialismo dialéctico, que permite calificar al modelo familiar de la sociedad china como una sociedad feudal burguesa; o sea, aquella que existía en la china imperialista y en las sociedades capitalistas, (según algunos autores chinos). Desde 1959, se puede decir que China abandona el modelo jurídico soviético y se transforma, como sigue:

### La Familia.

Los medios sociales familiares están sometidos a normas político-ideológicas, basadas en la lucha de clases, esto es, existe aún dentro de la familia una politización tal, que resuelven sus contradicciones propias como lo hace Marx, en el materialismo dialéctico (teoría de los contrarios).

Se pueden distinguir dos etapas en la política familiar:

- 1 El modelo feudal o neo-confusionista y
- 2 La legislación comunista.

En la China tradicional antes de 1911, los esquemas familiares estaban regidos por el respeto a las reglas de la etiqueta (Li), que fueron codificadas tratando de mantener "un orden natural y armonioso del universo" (concepto filosófico-social). Este orden armónico tenía normas de comportamiento relativas a cada status, en los que se encontraba dividido jerárquicamente el pueblo.



La función de Li, era la de conservar diferencias entre los estratos y de evitar el conflicto entre éstos, ayudando ideológicamente a que se suavizara la lucha de clases.

En esta nación, el matrimonio tenía como fin principal el perpetuar la familia y la unión era arreglada por los "chu-chun", que eran generalmente los padres de ambas partes, o bien un intermediario para negociar, llamado "mou".

Dos causas únicas de disolución del matrimonio eran reconocidas, tales como el deceso, o el repudio, mismo que siempre provenía del marido a la mujer y que podía tener o nó una causa.

El adulterio de la mujer era severamente castigado, por la conducta no filial a los padres del marido, o por haber descuidado sus deberes para con éstos, ya que la mujer era tomada como hija y no como esposa.

El marido podía contratar concubinas, las cuales eran miembros de la "chia", pero no del clan familiar y guardaban situación inferior a la de la mujer principal.

Los hijos eran legitimados, tanto de matrimonio, como de concubinato, así como aquellos nacidos de una esclava, ya que se daba una especie de esclavitud en la que la mujer que provenía de una familia sin recursos económicos podía ser vendida a otra para servir y esclava. El requisito era que los hijos fuesen educados dentro de la casa.

Los nacidos fuera de la "chia" eran definidos como hijos naturales, con derechos a la mitad de la parte de herencia, que recibían los hijos legítimos. Se tomaba en cuenta la adopción, pero con status menos privilegiado, aunque respondiendo al sostenimiento del adoptado.

### Un período transitorio.

Este período se dió a la mitad del siglo XIX, por la penetración cultural y económica de las potencias occidentales y por la agitación social que atrajo la rebelión de Tai-Ping. Marca las diversas tentativas de reinterpretación de los conceptos tradicionalistas, logrando una modificación progresiva de las estructuras jurídicas. Se introdujo la igualdad de sexos, la necesidad de consentimiento de los futuros contrayentes para unirse, la atenuación del derecho al castigo por la guarda de los infantes, y la posibilidad del divorcio por mutuo consentimiento, aunque el resto del derecho continuara bajo el sistema tradicional.

### Las legislaciones Comunistas.

Esta experiencia no comenzó precisamente bajo el Partido Comunista y con su establecimiento en 1949, sino desde 1927, año en el que este partido ejerció su poder en diferentes regiones y se dividió en tres períodos diferentes que se conocen: 1.- El de la República Soviético-China; 2.- El período de las Regiones Fronterizas y 3.- El de la República Popular China (Mao Tse Tung).

La República Soviético-China en el primer período y que fuera proclamada por el Primer Congreso de Soviets en 1931 bajo la presidencia de Mao Tse Tung, tenía su asiento territorial basado en las comunas rurales, agrupando una población de treinta millones de habitantes. Bajo esta era se promulgaron dos leyes sobre el matrimonio: la de diciembre de 1931 y la segunda, reemplazando a ésta última, de fecha 8 de abril de 1934.

Estos textos concisos definieron los grandes principios que deberían regular las relaciones familiares y la política familiar-china; tratando de liberar a la mujer del yugo marital, uniéndola así a la lucha de clases; o sea, que el movimiento de liberación de la mujer estuvo unido al movimiento ciudadano revolucionario. Se lle-

vó así a la mujer hacia el desarrollo de una conciencia de clase, mismo que no tenía.

La ley del primero de diciembre de 1931 contiene tres grandes características: la afirmación de la libertad para casarse; la libertad de divorciarse, y la igualdad de status de los hijos legítimos e ilegítimos. Esta misma ley provee la práctica del "matrimonio de facto", vinculándose la relación de cohabitación, con la exclusión de matrimonio registrado, teniéndose el valor igual al de la relación en el matrimonio inscrito para generar derechos y obligaciones.

El divorcio puede realizarse por la simple demanda de uno de los cónyuges. La situación de la mujer en este caso parecía ser más ventajosa que la del varón, pues la guarda de los hijos estaba atribuida al marido, salvo que ella los deseara. Además, el artículo 20 obligaba al marido a dar manutención a la esposa hasta que ella se volviera a casar; agregando el artículo 21, que el padre de hijos ilegítimos tiene la carga alimentaria, igual que como la lleva con los legítimos.

La ley de 1934 aporta algunas modificaciones, como la que marca que el marido no tiene obligación alimentaria para con la mujer, excepto si ella no puede proveer a sus propias necesidades, por ejemplo, por el ejercicio de su profesión, o por otro matrimonio.

Por otra parte, atribuye a la madre la guarda y custodia de los hijos, salvo deseo en contrario de ésta, desde luego con exposición de motivos y sometiéndose a la consideración del núcleo familiar y a la crítica ideológica del mismo. Estas libertades quedan sujetas a no ser absolutas, cuando se trata de hechos en pro de la "conciencia de clase".

La República Popular China emite el 1º de mayo de 1950 a través del Gobierno Popular Central, la ley sobre el matrimonio y en sus

artículos: 1,2,3 y 4 rechaza toda forma de matrimonio de tipo feudal, o sea, la mujer que estaba sujeta a la autoridad marital, la práctica de la bigamia y del concubinato; así como la intervención de los padres del marido, definiéndose todos los derechos de la viuda, conceptuando al matrimonio como monogámico, basado en la libre elección de los contrayentes y la igualdad de derechos entre éstos.

El artículo cuarto determina las condiciones de edad mínima, dieciocho años para la mujer y veinte para el hombre y enumera los impedimentos para el matrimonio, fundados sobre lazos de parentesco y consideraciones eugenésicas. Esta ley articula los problemas familiares por sobre las exigencias colectivas, afirmando así la libertad del matrimonio, tanto como la del divorcio. Enuncia además el régimen de bienes después de éste y sostiene el principio de igualdad entre los cónyuges.

Su artículo 17 distingue dos tipos de divorcio: el de mutuo consentimiento y el demandado por uno de los contrayentes, más la forma de realizarlos.

Es necesario mencionar la excepción que hace la ley sobre la demanda de divorcio cuando es realizada por el marido, la cual no puede prosperar durante el período de embarazo de la esposa, ni durante el año siguiente al alumbramiento.

La ley china vigente acepta al matrimonio como un proceso en constante cambio, puesto que siempre está en relación con los grandes conflictos políticos y sociales, que dan la pauta a la evolución de la revolución china.

Una gran campaña de educación del pueblo es realizada constantemente, a más de que se están reglamentando las prácticas sexuales que condenan el adulterio y la bigamia y las relaciones amorosas libres en cohabitación, ya que no convienen al Estado dichas uniones, pues-

to que no se pueden considerar como núcleos, de los cuales se pueda disponer políticamente.

### 3 Occidente.

Encuadra René David (11) dentro de los sistemas de derecho occidental a todos los países del continente europeo, con excepción de Inglaterra e Irlanda; cuyo derecho es llamado "derecho continental" y siguen a la costumbre. Estos países cuya expansión abarcó una parte de: Africa, Asia, Egipto, Siria, Líbano, Turquía, Persia, Japón, Indonesia, Indochina, y por supuesto países latinos y germánicos, islo tes griegos, húngaros, finlandeses y bálticos están clasificados dentro del grupo francés.

Desde luego, el que estas naciones tengan un sistema común de derecho no quiere decir que sigan literalmente al derecho romano, fundamento del grupo francés, sino que dadas las vicisitudes históricas de cada uno de los Estados, éstos han ido adaptando el derecho a sus necesidades, pero siempre conservando elementos de identidad en cuanto al fondo, más que a la forma. Esto es, que no han perdido la concepción general de las fuentes del derecho, los métodos de trabajo y la investigación de los juristas, siempre enfocada a las normas dictadas por el Imperio Romano.

Otra analogía que hace notar el autor es el parentesco que existe en los métodos de trabajo e investigación, y siendo el derecho francés escrito, naturalmente conserva como fuentes, a la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina; independientemente de los elementos de equidad, orden público, buenas costumbres, buena fé y no admisión del fraude o la violencia, creándose por tanto, una afinidad entre todos estos países.

El maestro David afirma, que la doctrina francesa para actualizar su derecho se adhiere a su jurisprudencia mirando hacia las necesidades sociales más que a la intención de los autores, método de in-

---

11 René, David. ob.cit. pp: 415 y sigs.

terpretación no admitido por todas las naciones occidentales.

Otro elemento de unión entre los derechos del grupo francés, y a diferencia de la familia angloamericana, es el que reposa en un triple orden de ideas: moral, político y económico. Lo moral, en relación a una unificación de religión, (la cristiana); lo político, a que son sociedades capitalistas, y por tanto, fruto y producto de una democracia liberal; y económicamente, como se ha dicho, basadas en el libre juego de la oferta y la demanda, propio del sistema al que pertenecen. Afirma el autor que la codificación napoleónica tomó en consideración el derecho romano, así como cierta influencia germánica que dejara el Sacro Imperio Romano Germánico, y que este modelo fue tomado en cuenta por todos los países occidentales, proponiéndose una codificación única en todos los Estados mencionados.

Como he dicho, a modo ejemplificativo transcribiré algunas legislaciones europeas en lo tocante a matrimonio, haciendo notar que coincido con el jurista René David, ya que todos esos países tienen un mismo fondo jurídico basado en el modelo francés.

En España, al redactarse esta tesis, el código civil hace mención a dos clases de matrimonio: el canónico, cuando alguno o ambos contrayentes son católicos; y el civil, cuando ninguno de los contrayentes profesa la religión católica.

En ese país no se separan los efectos civiles de los religiosos en lo referente a la constitución y validéz del matrimonio, así como en la forma de celebración y capacidad de los contrayentes, impedimentos, etc., sino que la institución se regula a través de las normas de derecho canónico.

Por la simple celebración de la unión religiosa se producen plenos efectos civiles, para que el acto se inscriba en el registro civil. El oficial del registro civil debe estar presente durante la cele

bración del matrimonio ante la iglesia y hacer la inscripción, le vantando a la vez el acta, misma que quedará inscrita en la Dirección General de Registros, debiendo avisar los contrayentes con veinticuatro horas de anticipación a dicho funcionario, de la celebración de sus nupcias.

Puede celebrarse un matrimonio secreto o de "conciencia", no estando presente desde luego el Oficial del Registro Civil y que llevada el acta canónica se registrará en un libro especial.

Todo lo relativo al conocimiento de causas de nulidad y separación de los matrimonios, sobre dispensa de matrimonio rato y no con sumato, así como sobre el uso y aplicación del privilegio paulino, es de jurisdicción eclesiástica y sus resoluciones y sentencias tienen plenos efectos civiles. (12)

Ferreres, el canonista, define al matrimonio como "un sacramentodel Nuevo Testamento, que confiere gracia para santificar la legítima unión entre el varón y la mujer, para engendrar la prole y educarla santamente" (13).

Son ministros de este sacramento los propios contrayentes y el sacerdote que es un simple testigo de calidad, autorizado por la Iglesia.

La materia del sacramento matrimonial es la voluntad de los contrayentes y la forma, la constituye la expresión de la propia voluntad.

Las normas jurídicas españolas que rigen el matrimonio deben buscarse en el Corpus Iuris Canonici ( 19 de mayo de 1918) y en el Concordato, suscrito por la Santa Sede el 27 de agosto de 1953.

Forma un expediente el párroco del lugar de residencia de la esposa y se inicia con la declaración solemne de los futuros esposos de contraer matrimonio, mismo expediente que se unirá con el del esposo y

12 Código Civil Español. Madrid, 1981. Ediciones para América Latina. pp: 25 y sigs.

13 Pique, J. y Sentías, C. El Abogado en Casa. El Consejero legal para todos. Barcelona, 1968. Editorial De Vecchi pp: 30 y sigs.

que el párroco de su localidad llevará a cabo. Ambos folios son remitidos al párroco que va a otorgar la autorización de la unión.

Los sacerdotes deberán atestiguar quienes son los pretendientes , su domicilio, la ausencia de impedimentos, que la expresión del consentimiento esté libre de vicios, siendo lo fundamental, las proclamas o amonestaciones que se hacen por tres veces durante tres domingos seguidos y que consisten en el anuncio público de que los esposos van a contraer matrimonio. Si surgiera algún impedimento, el párroco del lugar lo hará saber al ordinario del mismo (Obispo), para que éste decida si el impedimento es dispensable, o nó.

Los impedimentos dirimentes son los que prohíben celebrar válidamente el matrimonio y en caso de celebración, éste es nulo, incluyéndose, el de la edad de catorce años en la mujer y dieciséis en el hombre.

En lo referente a la impotencia, la hay de dos clases, una para consumar el acto carnal, (couendi) y que no es propiamente un impedimento y la impotencia para engendrar (generandi) en relación a la sucesión, siendo ésta última un impedimento grave para contraer matrimonio, ya que la procreación es el fin primordial en la unión española.

A continuación señalaremos los impedimentos que nulifican el matrimonio y que son:

La profesión religiosa que se refiere a todos aquellos que hayan hecho voto de castidad.

La disparidad de cultos, cuando una persona esté bautizada y la otra nó.

La consanguineidad, los que descienden de un tronco común en línea recta sin limitación o colateral, extendiéndose hasta el tercer grado, ya que los grados subsecuentes pueden ser dispensados



por el Papa.

El parentesco por afinidad, que se dá entre los parientes de las mujeres y los maridos, y viceversa.

Parentesco espiritual, prohibiendo el matrimonio entre padrino y bautizada o entre la madrina y el bautizado.

La pública honestidad, en caso de concubinato público, esto es, la unión de un hombre y una mujer que sin impedimentos han vivido juntos y cohabitado, prohibiéndose la unión entre uno de los concubinos y algún consanguíneo del otro.

Parentesco legal, aquellos que tienen parentesco de adopción.

En el rapto, autorizándose hasta que la mujer sea puesta en un lugar seguro en donde manifieste su consentimiento libre, podrá tener matrimonio con su raptor.

Ligamen, o sea aquellos que tienen contraído un matrimonio anterior con persona diversa.

El crimen, no pudiendo contraer matrimonio aquellos que durante una unión válida cometieron adulterio y se dieron palabra de matrimonio, y los mismos que cometieron adulterio llevaron a cabo un homicidio, (o muerte del otro consorte).

Los impedimentos impeditivos son los que no permiten la celebración del matrimonio válidamente, existiendo una prohibición grave, pero si la unión se lleva a cabo, a pesar del impeditivo, éste será convalidable; estos son:

El voto simple: de virginidad, de no casarse, de abrazar el estado religioso.

La religión mixta: entre personas bautizadas, pero una de ellas es católica y la otra pertenece a una religión cristiana, no católica.

El Veto de la Iglesia: en la que advierte ésta, que no se contraiga matrimonio con persona que haya abjurado de la religión, o pertenezca a sociedades condenadas por la Iglesia, además los impedimentos que pueden ser dispensados (no todos), sólo lo serán por el Papa a través de la Santa Curia Romana de la Sagrada Penitenciaría (impedimentos ocultos), y las Congregaciones del Santo Oficio.

El matrimonio canónico especial es aquél que a juicio del párroco debe celebrarse en total secreto y no tiene amonestaciones, pero sí se inscribe en libro especial.

Asimismo, está permitido el matrimonio en peligro de muerte y el de militantes que requiere de formalidades especiales.

Hay que recordar que existe una diferencia entre matrimonio rato y consumato. En el primero, los esposos no han tenido cópula carnal, después de manifestada su voluntad de unirse en matrimonio, y en éste caso se anulará la unión, a petición de uno de los esposos, aunque el otro se oponga.

En cuanto al privilegio Paulino, el cual consiste en que aquél que haya abrazado la fé cristiana si su cónyuge no quiere hacerlo, y persiste, tiene derecho a casarse con una persona bautizada, dejando insubsistente la iglesia su unión con el agnóstico, teniendo su origen este privilegio en la Epístola de San Pablo a los Corintios.

Los deberes y derechos de los esposos son: vivir juntos, guardarse fidelidad; socorrerse mutuamente, existiendo obligación de la mujer de obedecer al marido, pero no suprimiendo su voluntad, sino que en caso de discrepancia, prevalecerá la voluntad del marido. La mujer requiere de autorización del marido para comparecer a juicio, ya que éste es el representante de aquélla.

Referente a la administración de la sociedad conyugal, obviamente,

es al marido a quien corresponde ésta, y sólo en relación a los bienes parafernales (que son aquellos que la mujer aporta al matrimonio, sin formar parte de la dote), los podrá administrar la mujer.

Tocante a los sistemas patrimoniales existe: la comunidad de bienes, la separación de éstos, y la dote que la mujer debe aportar al matrimonio y forzosamente deben pactarse las capitulaciones matrimoniales, asimismo puede pactarse la sociedad de gananciales, mediante la cual el marido y la mujer harán suyos la mitad de las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente, por cada uno de los cónyuges; o bien, la separación de bienes, pero siempre tomando en consideración el régimen dotal, totalmente distinto al sistema patrimonial del matrimonio.

#### Código Civil Suizo.(14)

El Código Civil que rige los cantones: francés, italiano, alemán y propiamente suizo, pero desde luego, conservando cada región la facultad para modificar, establecer y abrogar reglas de derecho civil, preservar la usanza local, con el requisito de que dicha costumbre debe ser probada.

El artículo cuarto establece reglas de juicio para el juzgador, así como de apreciación que deberán de aplicarse al derecho tomando en consideración la equidad y cuando la ley no pueda apreciar ciertas circunstancias en lo particular, se permite al juzgador modificarla por motivos justos.

El libro primero está dedicado a las personas, fijándose la mayoría de edad a los veinte años y estableciendo como edad mínima para contraer matrimonio, los dieciocho, debiendo en esa edad pedir permiso al consejo de vigilancia y tutelar para menores, así como de los que ejerzan la patria potestad.

El Estado tiene un consejo federal que llevará a modo de ordenanzas, todo lo relativo a registros y declaraciones y en relación a

---

14 Code Civil Suisse du 10 decembre 1907. Etat le premier Janvier 1978, Berne. Ed. Chancellerie Federale. pp: 11 y sigs.

la capacidad de las personas. Los registros los llevan a cabo funcionarios laicos, otorgándoles el consejo federal; facultades amplias para desempeñar su cargo, así como para juzgar el derecho extranjero.

Como en todos los códigos de tipo francés, existe la promesa formal de matrimonio, los esponsales y cuando éstos se rompen sin justa causa, se deberá indemnizar al prometido con una cantidad pecuniaria, a título de reparación moral, con la modalidad de que esta pretensión es incedible, salvo por testamento a herederos.

No pueden celebrar nupcias los incapaces de discernimiento, así como las personas afectadas mentalmente, siendo tal prohibición absoluta y sin dispensa.

Cuando se tiene minoría de edad y el consejo tutelar se opone a otorgar el permiso para contraer nupcias, se podrá interponer un recurso ante el Tribunal Federal, para que dicha autoridad supla el consentimiento, pero siempre probando que existe causa justa para contraer tal casamiento.

Queda prohibido contraer matrimonio entre ascendientes y descendientes en línea recta, ya sean hermanos germanos, consanguíneos o uterinos. Entre tío y sobrino, tendiéndose tal prohibición, al parentesco en adopción. Entre aliados, (cuñados) en línea directa, aún cuando el matrimonio haya sido anulado, por muerte o bien por divorcio.

La adopción no suprime el lazo resultante del parentesco, o la alianza que existe entre el adoptado y sus descendientes, de una parte y por la otra de la familia natural.

Desde luego, en la terminología del código, siempre se utiliza la palabra contrato. Esto es, porque para ellos el matrimonio es un contrato.

Toda persona que desee volverse a casar deberá establecer que su precedente matrimonio se ha terminado por muerte, divorcio, o bien por nulidad. El cónyuge de una persona declarada ausente no puede contratar nuevo matrimonio antes de la disolución del anterior, me diante juicio.

También existe el plazo de espera para la mujer que ha disuelto su casamiento, o bien que se ha declarado nulo y el plazo de viudez que es de trescientos días, para poder contraer nuevas nupcias.

En cuanto al divorcio, el juicio puede ser abrogado cuando la persona resulte encinta de su marido.

La promesa de matrimonio es publicada cuando los futuros esposos a sí lo han declarado ante el oficial del registro civil, acompañando a esta solicitud sus actas de nacimiento, consentimiento por es crito de sus padres, un acta del juicio pronunciado, en caso de nu lidad del matrimonio anterior o bien del divorcio. La publicación se hará en el domicilio del lugar de origen de ambos contrayentes. Esta publicación puede ser refutada si la declaración no está debi damente regularizada, o si uno de los futuros esposos no posee la capacidad para contraer nuevo matrimonio, o bien si existiera algún impedimento legal.

Todo interesado deberá formular por escrito, oposición durante el período de publicación, alegando el impedimento. La remitirá a los oficiales del registro civil, teniendo capacidad este funcionario para rechazarla por no estar debidamente fundada.

La autoridad competente debe oponerse, de oficio, al matrimonio, cuando exista una causa de nulidad absoluta.

Resultando alguna oposición, cualquiera de los contrayentes podrá contestarla dando vista al opositor, sin dilación y cuando el autor de la oposición desee mantenerla, deberá llevarla en demanda

de interdicción según las reglas de este juicio para prohibir la celebración del matrimonio, debiendo conocerla el juez del lugar donde la solicitud de matrimonio haya sido recibida.

En todos los casos existen términos para formular oposiciones y contestarlas, así como para ejercitar la interdicción de matrimonio.

Cuando no existe un impedimento, el oficial del registro civil expide un certificado de publicación que autoriza a los futuros contrayentes para celebrar nupcias dentro de un término de seis meses, contados a partir de la expedición de tal documento y pudiendo realizarlo ante cualquier oficial del registro civil suizo.

Si alguno de los contrayentes no puede acudir a la celebración del matrimonio por enfermedad, está autorizado el oficial del registro civil para abrogar términos, siempre y cuando exista certificado médico.

Los matrimonios se celebrarán en la sala destinada para ello, siendo público el acto, contando con la asistencia de dos testigos por cada contrayente y debiendo levantarse acta circunstanciada. Después de manifestada la voluntad de contraer matrimonio, el oficial del registro los declarará unidos, esto es, el matrimonio es solemnizado como en nuestro código.

Un requisito para contraer nupcia religiosa es la presentación del certificado civil, ya que existe una división entre autoridades laicas y religiosas, como en México.

Los suizos dan tiempo límite para denunciar los vicios del consentimiento que puedan afectar la nulidad al matrimonio y éste es de cinco años.

Por lo que hace a las capitulaciones matrimoniales se establece el régimen de separación de bienes, o el de sociedad conyugal, muy pa

recida a nuestra sociedad de gananciales del código civil de 1884.

El artículo 59 del título final del código se refiere a conflictos de leyes y aplicación del derecho suizo, estableciéndose que regirá el código civil a todos los suizos que se encuentren fuera del país, esto es aplicación de la lex fori del cantón al que pertenece la persona, sin tomar en consideración el derecho extranjero.

## C A P I T U L O    V I

Los Principios de Derecho Internacional Privado en el Matrimonio .

Para entrar a este tema es necesario mencionar que los autores de Derecho Internacional Privado hacen una distinción entre principios generales y especiales, aplicando en la parte general reglas comunes a todos los conflictos de leyes, sea cual fuere su naturaleza jurídica y, los autores que tienen apartado especial en cuanto al tema que nos ocupa y que distinguen particularidades propias, según el lugar en donde se apliquen las leyes en conflicto.

La Teoría de Jean Paulin Niboyet.

En su obra Principios de Derecho Internacional Privado (1), y concretamente aludiendo al estado y capacidad de las personas dice : que una persona se compone del conjunto de sus cualidades jurídicas por un cierto número de hechos, entre ellos, el matrimonio, del cual sostiene que el principio de competencia de la ley nacional, o lex patrie , de los individuos, el derecho antiguo, se convino en llamarlo estatuto personal y que se regía por la ley del domicilio . Sin embargo D'Argentré distinguió entre capacidad general y capacidad especial, limitando así el principio de aplicación a la ley del domicilio o estatuto personal.

Por lo que hace a competencia de ley aplicable, Niboyet sostiene que sólo dos tipos de leyes deben ser examinadas para aplicarse a extranjeros y son: la ley del domicilio, y la ley nacional de donde proviene el extranjero. En el primer caso, el sistema del domicilio está más relacionado con el extranjero que con la nacionalidad del mismo, y la crítica que cabe a esta teoría es que la ley cambia con cada modificación que se haga del domicilio, siendo prácticamente menos estable que la ley nacional del individuo.

En la ley nacional, la capacidad y el estado están destinados a pro

---

1 Niboyet, J.P. Principios de Derecho Internacional Privado. Selección de la segunda edición francesa. Madrid, 1949. Manual de A. Pillet y J. Niboyet. segunda edición.



teger a las personas y esto es muy importante a nivel internacional, ya que sólo el estado nacional es el aplicable para la protección de sus nacionales en el extranjero, existiendo una garantía por lo que respecta a derechos adquiridos.

Por otro lado, en derecho comparado, la doctrina de la ley nacional ha sido adoptada por: España, Francia, Alemania, Bélgica, Brasil, Checoslovaquia, Italia, Polonia, Turquía, etc., y, cuanto más se unifican las legislaciones, se opta más por la ley nacional. Esta postura es tomada en el proyecto de código americano sobre Derecho Internacional Privado, ya que en ese se optó por la ley del domicilio.

El principio de derechos adquiridos está reconocido internacionalmente, siempre y cuando no se trate de crear derecho nuevo, sino que se invoque al derecho ya establecido en otra legislación y se acuda a ella para resolver una situación que prevalezca desde antes. En un país extranjero diverso de aquel en que se adquirió el derecho, subsistiendo este principio de derechos adquiridos, aún cuando las personas cambien de nacionalidad, puesto que no se pueden anular los derechos otorgados con anterioridad al conflicto de leyes aplicable. Así verbigracia, si dos ex-cónyuges franceses divorciados adquieren la nacionalidad española (antes de las reformas de 1978), con posterioridad al divorcio, la desvinculación les deberá ser reconocida en España y pueden por tanto, contraer nuevas nupcias dentro del territorio español, aun cuando en dicho país no tenga validéz el divorcio.

La única excepción que admite Niboyet, sobre derechos adquiridos es la de que esos sean oponibles al orden público. Así por ejemplo, un cónyuge que contrajo diversos matrimonios en un país donde se admite la poligamia (Arabia), no serán reconocidos sus derechos matrimoniales a pesar de su estatuto personal, si se trata de invocar tales derechos en un país donde se admite únicamente la monogamia. (2), ya que éstos se opondrían al orden público con la invocación

---

2 Ob. cit. p. 582.

de tal estatuto.

Niboyet al referirse al fraude a la ley, situación a la que tratan de sustraerse los nacionales de un país y a los derechos que los rigen, siguiendo el principio de la ley nacional, prevalecerán los derechos adquiridos, aun cuando no favorezcan a los nacionales de aquel país. Así, verbigracia; si un matrimonio de españoles fuese a un país en donde se admita el divorcio (antes de la reforma del Presidente Suárez), y dichos cónyuges se desvincularan, tal acto no tendría validez en su territorio español, ya que se traduciría en contravención al orden público español. Otro ejemplo citable sería la vinculación que se permite en Inglaterra a homosexuales, siendo tales uniones opuestas al orden público en cualquier otra legislación que no sea la inglesa, por lo que en ellas no tiene validez esa unión.

Citando al maestro Carlos Arellano García (3) quien con referencia a Niboyet dice: "este autor se refiere ampliamente a lo que el llama el problema del reconocimiento de los derechos adquiridos. En este problema hay dos momentos, el primero en el que nace el derecho y en el segundo momento en el que se precisa determinar la eficacia de ese derecho". Esto es, el nacimiento del derecho en primer lugar, y a posteriori, el respeto al derecho adquirido.

Juzga Niboyet, que respecto a su teoría de los derechos adquiridos existen problemas en el tiempo y en el espacio. Sin embargo, Arellano García estima que los conflictos de leyes propios del derecho internacional privado, son conflictos de leyes en el espacio. Y continúa exponiendo que en los conflictos de leyes internacionales cuando dos o más normas jurídicas de diversos Estados se vinculan en una situación concreta, la determinación de la norma aplicable se hace conforme al derecho internacional privado de un Estado, ante el cual se plantea el conflicto internacional de normas jurídicas aplicables y considera difícil la solución de los conflictos internacionales de normas jurídicas, por dos motivos, a saber: 1.-

---

3 Arellano García, Carlos. Derecho Internacional Privado. México, 1979. Edit. Porrúa, S.A. p.526.

Porque no existe un tribunal supranacional al que se sometan los interesados para la solución del conflicto, pudiendo darse el caso de que las personas en conflicto sometan simultáneamente éste, a los órganos jurisdiccionales internos de dos o más Estados, cuyas normas entraron en conflicto.<sup>2</sup>- Porque no existe una norma jurídica superior a las normas jurídicas en conflicto, que tenga validez superior para los Estados, cuyas normas entraron en colisión. (4).

Para Niboyet surgen dos conflictos que se dividen en dos clases, uno, el de la competencia judicial, y otro, el de la competencia legislativa. El primero consiste en determinar la autoridad competente para conocer de los litigios, que surjan en relación a los conflictos de leyes; y por lo que respecta a la competencia legislativa, es preciso determinar la ley aplicable al derecho en sí. El maestro Arellano opina que, en los conflictos matrimoniales de competencia judicial, es posible hacer el enfoque a los conflictos de leyes, ya que ambos conflictos se encuentran unidos, puesto que de la competencia de los órganos jurisdiccionales, necesariamente se desprenden de normas jurídicas que se basan en el espacio.

En la segunda sección, Niboyet (5) se refiere al matrimonio y en especial al de los españoles señalando que los nacionales de España deben sujetarse a los derechos y obligaciones, condición y capacidad legal, marcados por las leyes españolas aun cuando residan en el extranjero, siendo éste una condición de validez de la unión. Se aplicará la ley nacional de cada consorte. En el caso de que uno de ellos sea extranjero, pero las prohibiciones dictadas por una ley u otra, no serán aplicables al otro cónyuge.

La regla locus regit actum conduce a reconocer la validez de todo acto celebrado en un país extranjero, con arreglo a la lex loci actus, siendo tal solución adoptada por todos los países.

Sin embargo, comenta Niboyet que tal regla no se aplica en España

4 Arellano. ob. cit. pp: 527 y 528.

5 Arellano. ob. cit. p. 583.

y en general en países que adoptaron la forma canónica de celebración del matrimonio, ya que se muestran reacios a reconocer la validez de los matrimonios civiles celebrados por sus súbditos en el extranjero, basando ésto en la convención de la Haya de 1902 , (artículo 5º) y que reza:

"acerca del matrimonio, otorga al país nacional de los contrayentes la posibilidad de no reconocer un matrimonio puramente civil". (6).

Niboyet, en un apartado más adelante, habla de los matrimonios llamados "a lo madame butterfly", en virtud del cual, en Japón, los extranjeros al contraer matrimonio con japonesas de clases inferiores, convienen recíprocamente en disolver el matrimonio, si el cónyuge extranjero regresa a su país natal. Pero, la legislación suiza en Tokio no permite que se lleve a cabo este pacto, oponiéndose a que sus nacionales disuelvan, tan fácilmente, sus matrimonios habidos con japonesas.

Por lo que hace a la prueba del matrimonio, Niboyet sostiene que el español debe probar su unión habida con extranjera conforme a las reglas de loci regit actum, prevaleciendo el principio de prueba escrita y no por testimonio, variando según las legislaciones que lo apliquen. Las reglas de calificación y las condiciones de validez del matrimonio serán sometidas a la ley nacional, con exclusión de todas las demás.

En la remisión, el mismo autor sostiene, que cuando la ley nacional de un extranjero se aplique a la ley del domicilio, los tribunales españoles no dudarán de seguir este principio ya que ellos aplican, en definitiva a los súbditos extranjeros, la ley española.

En el orden público son varias sus reglas:

1.- Los tribunales no deben tomar en cuenta un impedimento matrimo

---

nial fundado en la diferencia de color.

2.- El impedimento de bigamia es de orden público en España. Un musulmán no podrá, a pesar de su estatuto, contraer en dicho país, una unión poligámica.

3.- La ley extranjera no deberá ser tomada en consideración cuando su aplicación pueda contrariar las concepciones de la lex fori sobre la moral y el orden político. Produciendo así el orden público dos efectos: uno, negativo y que se dá cuando se oponga dicho orden a celebración admitida por la ley nacional y el otro, positivo, cuando autorice la celebración prohibida por la ley extranjera.

Los efectos sobre la persona de los cónyuges: Estos deben obedecer a la misma ley que rige el matrimonio, por consiguiente y con la reserva del orden público, los extranjeros estarán sometidos a la ley que los rija nacionalmente, en lo que toca a su estado y capacidad, mientras que los nacionales españoles continuarán regidos por su ley nacional. Esta es una solución admitida en la Convención de La Haya en 1905(7).

En general, se dice que la mujer, por el hecho de realizar el matrimonio adquiere la nacionalidad del marido, en caso de ser distinta a la de éste, pero Niboyet, sostiene que para los efectos del matrimonio sólo debe regir una ley y en este caso debe ser, la del marido, ya que la limitación a la mujer no está en razón de su sexo, sino en relación a la autoridad marital. Pero si el marido cambia de nacionalidad durante el matrimonio, no debe afectarse la nacionalidad de la mujer, ya que deben respetarse los derechos adquiridos por ésta, pues sería violatorio de sus garantías. Por tanto, debe conservar su derecho adquirido y los efectos producidos por éste.

Al régimen matrimonial, el autor le concede total autonomía de la voluntad, debiendo pactarse el régimen de bienes, conforme a capitu

---

7 Arellano. ob. cit. p. 592.

laciones. Hace alusión a los tipos de regímenes patrimoniales propios de los españoles, mientras los cónyuges permanezcan como nacionales. La mujer podrá invocar su derecho sobre bienes del marido regíendose por el estatuto real, pero no pudiendo invocar ese derecho si tal situación en el extranjero no tiene validéz, ya que acepta la lex rei sitae.

#### La Teoría de Fiore.

Este autor toma en consideración diversos factores que siempre dependen del lugar donde se haya celebrado el matrimonio (8):

- 1.- Sobre la ley según la cual deben juzgarse los contratos nupciales, su validez y sus efectos jurídicos.
- 2.- La ley que debe presumirse que rige el matrimonio, si los futuros esposos no pactaron nada al respecto (9).

Al utilizar la palabra contrato, de Fiore especifica que no puede asimilarse este tipo de convenio a otros, puesto que implica múltiples relaciones contractuales, tan diversas como la familia misma. Los efectos frente a terceros, el destino de los bienes, derechos y obligaciones de los esposos, de los hijos, etc., por lo que, este contrato debe estar regido por la ley que rige el matrimonio mismo y no puede variar, aun cambiando el lugar de su aplicación.

El régimen de bienes revela las diversas costumbres, usos y tipo de civilización de la institución nacional de la cual proviene el matrimonio, por lo que sostiene, que la única ley que debe regirlo, es la ley nacional del marido, ya que es a él a quien corresponde proteger todos los intereses de la familia que se constituye, no importando el lugar donde se pacte dicho matrimonio, más que para cuestiones extrínsecas al contrato. (la forma).

No acepta Fiore el derecho del domicilio del marido, puesto que no tienen validéz en su época, ya que "los principios que tuvieron va-

8 Fiore, Pascual. Derecho Internacional Privado. México, 1894. Edic. de El Derecho. tomo primero. Imprenta y encuadernación de Mariano Nava, pp: 90 y sigs.

9 Fiore. ob. cit. p. 104.

lor en otros tiempos, de provincia a provincia, deben en nuestros días aplicarse de nación a nación y el domicilio matrimonial debe determinarse con arreglo a la nacionalidad del marido" (10).

El principio de locus legit actum lo basa exclusivamente en la forma (factor intrínseco), pero no así el fondo y no concede autonomía a la voluntad de los contrayentes, puesto que ellos deben sujetarse a la ley nacional del marido. Por lo que la capacidad para celebrar el acto matrimonial, concede Fiore que puede otorgarse aún cuando la ley del marido no le otorgue tal, siendo ésta la única excepción que concede en cuanto a la ley nacional del cónyuge hombre. Y continúa diciendo que, cuando dos personas se casan en un país donde es permitido estipular después del matrimonio, no adquieren ni pueden adquirir, el derecho de hacerlo de un modo contrario a la ley de su patria, si es que lo prohíbe y que rige el matrimonio aún cuando se encuentren fuera del territorio donde tenga alcance esa ley (11).

A falta de convención patrimonial expresamente estipulada debe determinarse el régimen de bienes, con arreglo a la ley nacional del marido, y el silencio implica un sometimiento a la ley de la nación del cónyuge varón. Por lo tanto, no admite la lex rei sitae y como todos los autores acepta como excepción la no aplicación de la ley del marido, cuando ataca los intereses del Estado, y los principios de orden público, en el lugar donde los bienes estén situados.

Los contratos matrimoniales interpretados con arreglo a la ley nacional del marido deben aplicarse en general, a los bienes pertenecientes a los esposos, en cualquier lugar que estén situados aquellos, y deben determinarse con arreglo a la misma ley para todos los efectos que deriven del contrato de matrimonio. (12).

#### La teoría de Adolfo Miaja de la Muela.

Como todo internacionalista este autor hace mención a las expresiones de aplicación de la ley extranjera y refiriéndose al orden público, la cláusula de reserva Vorbehalst Klausel y Public policy, sien -

10 Fiore. Ob. cit. p. 107

11 Fiore. Ob. cit. p. 110

12 Fiore. Ob. Cit. p. 114

do la de más oposición en todos los foros; y continúa con el fray de a la ley, el interés nacional, el desconocimiento en el foro de la institución extranjera aplicable a la reciprocidad. Todas éstas últimas de menos aplicación.

Ya en el tomo II, capítulo VIII (13), específicamente, en cuanto al derecho de familia, el autor hace alusión a un convenio aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 7 de noviembre de 1962, que versó sobre el consentimiento, la forma y registro del matrimonio, fijando los límites mínimos en la materia. Convención a la cual no se le concede gran importancia ya que sostiene que dentro de las organizaciones universales se pueden conseguir grandes avances doctrinarios, pero no así en el orden práctico, ya que está en favor de la ley, locus regit actum, que es perfectamente aplicable al matrimonio, pero que no tiene validez universal dado que cada Estado aplicará su estatuto y no admitirá la ley extranjera.

Opina el autor que tampoco, es plenamente satisfactorio sujetar el matrimonio a la ley que va a regir sus efectos, conforme a la ley del varón, puesto que queda atrás un problema de mayor intensidad, como es el de la eficacia extraterritorial del matrimonio. Para las relaciones patrimoniales entre cónyuges, sostiene Miaja de la Muela que ese tema clásico de controversia, pero que hasta ahora se habían regido por la ley nacional del marido, anteponiéndose muchas veces lo moral, a lo jurídico. Sugiere que para precisar la obligación del marido de proporcionar a la esposa litis expensas, de carácter patrimonial y personal, se requiere de una solución upra soberanias que independientemente de lo que resuelvan las legislaciones internas de cada Estado, cada tribunal se someta a una aplicación internacional que se haga al respecto.

Las demás obligaciones personales entre cónyuges se regirán por la ley personal y la del domicilio, según el criterio que rijan en cada

---

13 Miaja de la Muela, Adolfo. Derecho Internacional Privado. Madrid, 1969. Edic. Atlas p. 359.



país acorde a la regulación personal que se haga por medio del estatuto que a cada cónyuge corresponda, pero, al entrar en conflicto se dará lugar a los casos de reenvío entre Estados, de primero y ulteriores grados, según el caso. Miaja de la Muela decide que la ley aplicable para evitar conflictos en materia matrimonial debe ser del domicilio y en caso de no tener solución, propone el reenvío que ejerza cada Estatuto a otro, para que califique la ley que de ba prevalecer (14).

#### La Teoría de Trigueros.

El ilustre jurista mexicano no tiene capítulo especial en la materia, pero en su obra (15) analiza la evolución histórica del Derecho Internacional Privado en territorio de la República Mexicana. Habla del derecho indígena, al cual defiende, y pide se incorporen a nuestra legislación positiva los usos y costumbres de aquellos ya que es necesaria la subsistencia de sistemas de derecho personal. La ignorancia de tales derechos causa trastornos cuya importancia no podemos determinar, sino en casos aislados, previniéndose así la manera que han de resolver los órganos del Estado aquellos casos en que el conflicto se presente y no aplicando derecho extranjero, que es ajeno a nuestra civilización.

El maestro Arellano García (16) sostiene que Trigueros vá más allá y dá un paso adelante a la doctrina de la incorporación, justificando la aplicación de la norma concreta, en relación a la norma abstracta, no solucionándose el conflicto de leyes.

#### Teoría de Carlos Arellano García.

El maestro Arellano García opina que los puntos básicos en el caso son:

1.- Las fuentes del Derecho Internacional Privado que constituyen la columna vertebral de la solución de conflicto de leyes en el espacio, de carácter internacional, por lo que el juzgador y los in-

14 Miaja. Ob. cit. pp: 275, 276

15 Trigueros S., Eduardo. La evolución doctrinal del Derecho Internacional Privado. México, 1938. Editorial Polis.

16 Arellano. Ob. cit. pp: 574, 575.

interesados siempre acudirán a las fuentes formales, para seleccionar qué norma ha de elegirse entre dos o más normas jurídicas, cuando varios Estados pretenden regir una situación concreta.

2.- Las fuentes del Derecho a las que debe acudirse para resolver un conflicto de leyes, deben ser internacionales, y en defecto de ellas, deben ser internas, por lo que los Estados deben proliferar Tratados y Convenciones tendientes a establecer reglas de solución y sólo en última instancia, acudir a las fuentes internas de cada Estado, para resolver el conflicto.

3.- La uniformidad de las normas internas y de las fuentes internacionales es una utopía, puesto que el mundo se haya dividido. De ahí que existan tantos derechos internacionales privados, como países hay en el mundo.

4.- La carencia de fuentes internacionales y de fuentes internas ante el conflicto internacional de leyes obliga a una labor de integración. Para cubrir esas lagunas, el legislador deberá crear una fuente individualizada que resuelva el conflicto.

5.- La elaboración y perfeccionamiento de las fuentes internacionales, de las fuentes internas y de las fuentes individualizadas, no es arbitraria, ni casuística, por lo que las normas que tienden a la solución de los conflictos de leyes, deberán propender a la realización de valores jurídicos, destacando la justicia, la seguridad y el bien común, atendiendo a la mejor satisfacción de las necesidades humanas.

6.- La creación de normas, así como el perfeccionamiento, requieren de una clasificación lógica minuciosa de las diversas materias surgiendo a la vez normas conflictuales sobre la forma de los actos, bienes muebles e inmuebles, sobre el estado civil de las personas, capacidad, etc., y aun más, sobre el estado civil de las personas que admite subclasificaciones, por lo que es preciso su estu

dio.

7.- No debe haber un prejuicio extraterritorial, o territorialista, en la elaboración y perfeccionamiento de las fuentes internacionales, así como de las internas e individualizadas, ya que lo que debe prevalecer son los valores jurídicos que satisfagan mejor las necesidades.

8.- El predominio de aplicación de las normas nacionales y la aplicación excepcional de las normas extranjeras, obvia problemas prácticos indiscutibles y hacen más expedita la administración de justicia, ya que la aplicación del derecho extranjero conlleva varios problemas, a saber:

- a).- La difusión del derecho extranjero que no es tan amplia.
- b).- El precario conocimiento del derecho extranjero, tanto como el nacional, que es tan extenso.
- c).- El derecho extranjero aplicable debe ser el vigente, requiriéndose prueba de que el mismo, se encuentra en aplicación.
- d).- El derecho extranjero requiere de traducción.
- e).- El derecho extranjero tiene modalidades que conlleva, al aplicarse en otros tribunales.
- f).- El derecho extranjero debe probarse, pues de lo contrario implicaría una labor de indagación del juez.

Prefiere el maestro Arellano la aplicación de la ley nacional, puesto que obvia las dificultades antes mencionadas.

9.- El fundamento inmediato de la aplicación de la norma jurídica extranjera está en la aplicabilidad del derecho extranjero, determinada por la fuente internacional, por la fuente interna, o por la fuente individualizada.

10.- El fundamento mediato de la aplicación de la norma jurídica extranjera está en que, mediante la aplicación de la norma jurídica extranjera se realizan mejor los valores jurídicos y se satisfacen mayormente las necesidades humanas, pero si no se salvan los valores, no deberá aplicarse ese derecho extranjero.

## C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- En los albores de la humanidad el matrimonio no existía, la relación era promiscua, la monogamia surge con la idea de propiedad privada.

SEGUNDA.- La trayectoria histórica del matrimonio nos muestra una evolución favorable a los derechos de la mujer. De regímenes negadores de la personalidad de ésta, se llega a la de su carácter de sujeto en igualdad de derechos y obligaciones, frente al sexo opuesto.

TERCERA.- En nuestro derecho positivo resulta de capital importancia el artículo cuarto constitucional, que autoriza a la persona para decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos. El derecho canónico consideró como fines primordiales del matrimonio, la procreación y la educación cristiana de los hijos, y como fines secundarios, la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia. La reforma constitucional nos lleva a concluir que en nuestro derecho positivo son fines primordiales, en la fuente de derechos y obligaciones, que es el matrimonio: La ayuda mutua, el remedio a la concupiscencia y la obligación alimentaria, considerada en su integridad a favor de los hijos - cuando el matrimonio llega a tenerlos - y será un fin secundario, la procreación, puesto que resulta lícito un pacto o acuerdo de voluntades, la de no procrear.

CUARTA.- Existen características similares entre el matrimonio y el llamado matrimonio por comportamiento, como la recíproca fidelidad, el débito sexual y la ayuda mutua, de donde resulta atinada la posición de legislaciones en otros países en el sentido de considerar con efectos matrimoniales, el matrimonio de hecho, o el matrimonio por comportamiento.

## Conclusiones

QUINTA.- En nuestro concepto, el matrimonio puede definirse como: Una institución por la que une un solo hombre con una sola mujer, con el fin de: ayudarse mutuamente, remediar la concupiscencia, cohabitar y socorrerse en todas las cargas de la vida, teniendo los cónyuges la libertad de establecer su régimen de bienes, así como el número y espaciamiento de sus hijos.

SEXTA.- En México, debe abolirse el rigor extremo de formalidades y solemnidades de la inscripción matrimonial, para substituirse por fórmulas más sencillas, que sean fuente de derechos y obligaciones en favor de la pareja y de sus hijos.

SEPTIMA.- La materia matrimonial lleva una frecuente consideración como de orden público, por lo que hay una tendencia generalizada a rechazar la aplicabilidad de la norma jurídica extranjera.

OCTAVA.- La discrepancia entre los diversos sistemas jurídicos del mundo, es más de forma que de contenido, por lo que puede propenderse a una mayor unificación jurídica mundial, en la temática matrimonial.

## B I B L I O G R A F I A

Arellano García Carlos, Derecho Internacional Privado, México 1979  
 Edit. Porrúa, S.A.

Bravo González A., Bialostoski Sara. Compendio de derecho romano.  
 México 1977, Editorial Pax México, Librería Carlos Cesarman, S.A.

Brunner V. Sohwerin, Derecho germánico, Madrid, 1936, Editorial La  
 bor, Enciclopedia de Ciencia Jurídicas.

Camilo Jorge Aurelio, Matrimonio y Divorcio en México a la luz del  
 derecho internacional Privado, México 1979, Edit. Revista de la Fa-  
 cultad de Derecho.

Coulanges, Fustel, La Ciudad Antigua, México, 1976, Editora, S.A.

David René, Derecho Civil Comparado, Madrid 1953, Edit. Revista de  
 Derecho Privado.

Engels Federido. El Origen de la familia, la propiedad privada y  
 el Estado. México 1979, Editorial Quinto Sol, S.A.

Esquivel Obregón Toribio. Apuntes para la historia del derecho en  
 México. México 1949. Editorial Polis. Tomos II y III.

Fiore Pascual. Derecho Internacional Privado. México 1894, Edic.de  
 El Derecho, tomo primero. Imprenta X, encuadernación de Mariano  
 Nava.

Flores Barroeta Benjamín. Lecciones de primer curso de Derecho Ci-  
 vil, México 1960. Impresora Saber.

Lenoble Jacques. Le droit du mariage et du divorce en République  
 populaire de chine. Bruselas 1979. Pevve de Droit Internationallet'  
 de Droit Comparé. Etablissemment Emile Bru y Lant. Tome LVI.

Magallón Ibarra Mario. El matrimonio, sacramento, contrato, institución. México 1965. Tipográfica Editora Mexicana, S.A.

Margadant S. Guillermo F. Derecho Romano. México 1977, Editorial Esfinge, S.A.

Margadant S. Guillermo F. Introducción a la historia del Derecho Mexicano. México 1978. Editorial Esfinge, S.A.

Margadant S. Guillermo F. Introducción para la historia Universal del derecho. México 1979. Universidad de Xalapa, Veracruz, México.

Muñoz Luis. Comentarios al Código Civil. México 1972. Editorial Palma, ediciones lex.

Molina Cecilia. Práctica Consular Mexicana. México 1978. Edit. Porrúa S.A., segunda edición.

Miaja de la Muela Adolfo. Derecho Internacional Privado. Madrid 1969, Edic. Atlas.

Niboyet J. P. Principios de Derecho Internacional Privado. Selección de la segunda edición francesa. Madrid 1949. Manual de A. Pillety J.P. Niboyet. segunda edición.

Ortíz Urquidi Raúl. Matrimonio por comportamiento. Tesis doctoral. México 1965. Edit. U N A M .

Petit Eugene, tratado Elemental de derecho Romano. México 1976 . Editora Nacional.

Pirenne Jacques. Historia de la civilización del Antiguo Egipto . Barcelona, 1963. Editorial Exito.

Pigue, J. Sentias, C. El Abogado en casa. El consejero legal para todos. Barcelona 1968. Editoria] de Vecchi.



Rojina Villegas Rafael. Compendio de derecho civil. Introducción, personas, familia. México, 1976. Editorial Porrúa, S.A. tomo 1.

Soustelle Jacques. Histoire Sacréé du aztheques. Paris, 1975. Editions J'ai lv.

Trigueros S. Eduardo. La evolución doctrinal del Derecho Internacional Privado. México 1958. Editorial Polis. trabajos jurídicos en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XXV Aniversario. volúmen cuarto.

Vedel Waldemar. Ideales de la Edad Media. Madrid 1968. Editorial Labor.

Leyes por orden de jerarquía consultadas:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México , 1983. Editorial Porrúa, S.A.

Código Civil del distrito federal y territorios de Baja California. México 1870. Edición Económica Limpia y Correcta y Aumentada. México 1879. Tipográfica Aguilar e Hijos.

Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales de 1884. Edición Anotada y concordada con la legislatura vigente y la nueve Ley. Sobre Relaciones Familiares. México 1920. Editorial Herrero Hermanos, Sucs.

Códigos Civiles para los Estados de Morelos, Coahuila, Tamaulipas, Aguascalientes, Campeche, Jalisco, Hidalgo, Tabasco, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, Guanajuato, Zacatecas, Puebla, Tlaxcala, Chiapas , Michoacán, Durango, Guerrero, México, Baja California, Colima, Nuevo León, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Sinaloa, Chiapas, Yucatán. Quintana Roo, Chihuahua, abarcando toda la República Mexicana en su título respectivo a matrimonio. México 1981, Andrade Editores.

Código Civil para el Distrito Federal. Edit. Porrúa, S.A. 1982.

Ley de Extranjería, Turismo y Población. México 1984. Ediciones Andrade, Cuarta Edición.

Código Civil Argentino. Buenos Aires 1981. Edit. Argentina.

Vademécum Forense. Legialacao Civil. Brasilia 1982. Edic. Brasilia/Rio.

Código Civil Español. Madrid, 1987. Edic. para América Latina.

Code Civil Suisse Du 10. decembre 1907. Etat le premier Janvier , 1978. Berne. Edit. Chance llerie Federale.

Otras Fuentes:

Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires 1956. Editorial Bibliográfica Argentina. tomo XIX. Man-muss.

Jurisprudencia Suprema Corte. Cuarta parte. Tercera Sala. apéndices 1965-1973 y 1917-1975.

Diario Oficial de la Federación. Martes 19 de abril de 1983. Relaciones Exteriores.

Decreto para el que se aprueba la convención sobre nacionalidad de la mujer casada, abierto a firma en la Ciudad de Nueva York, el 20 de febrero de 1957. Diario Oficial, 24 de enero de 1979.

Fundamentos de Derecho Soviético. Rusia 1962. Edit. en Lenguas Extranjeras. Academia de Ciencias de la U R S S .