



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho

La Edad Núbil para Contraer Matrimonio en
los Derechos Humanos.

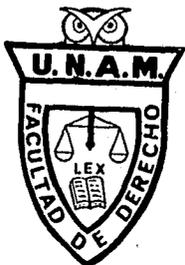
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ATILANO DAMIAN RAMIREZ



México, D. F.

1985



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.

I N D I C E

CAPITULO PRIMERO

LA FAMILIA PRIMITIVA

	pág.
I.- ORIGEN DEL HOMBRE.....	4
II.- ORIGEN DE LA FAMILIA.....	6
III.- ETIMOLOGIA DE LA PALABRA FAMILIA.....	8
IV.- PROMISCUIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES.....	10
V.- MATRIMONIO POLIGAMICO.....	12
VI.- EL MATRIMONIO MONOGAMICO.....	16

CAPITULO SEGUNDO

LA FAMILIA EN SISTEMAS JURIDICOS ANTIGUOS HASTA ANTES DE LA EDAD MEDIA

I.- EL DERECHO ROMANO.....	22
II.- EL MATRIMONIO EXPUESTO POR HISTORIADORES.....	27
A).- TACITO.....	27
B).- HERODOTO.....	28
C).- OTROS AUTORES.....	32

CAPITULO TERCERO

CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO, EN EL DERECHO FAMILIAR

I.- DOCUMENTOS INTERNACIONALES QUE SANCIONAN EL MATRIMONIO.....	39
A).- DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.....	39
B).- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURA... LES.....	39
C).- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.....	41

II.- EL DERECHO FAMILIAR EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.....	43
A).- CONSTITUCION MEXICANA.....	43
B).- CONSTITUCION DE COSTA RICA (DE 1962).....	45
C).- LA CONSTITUCION DE BOLIVIA.....	46
D).- LA CONSTITUCION DE GUATEMALA.....	48
E).- CONSTITUCION SOCIALISTA DE LA REPUBLICA POPULAR DEMOCRATICA DE... COREA.....	50
F).- CONSTITUCION (LEY FUNDAMENTAL) DE LA UNION DE REPUBLICAS SOCIALIS TAS SOVIETICAS (URSS).....	50
G).- LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA DE ALEMANIA.....	51
III.- LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO.....	53

CAPITULO CUARTO

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO FAMILIAR MEXICANO, FRENTE A LA CONVENCION SOBRE EL
 CONSENTIMIENTO PARA EL MATRIMONIO, LA EDAD MINIMA PARA CONTRAER MATRIMONIO Y -
 EL REGISTRO DE LOS MATRIMONIOS.

I.- SISTEMA ADOPTADO EN EL CODIGO CIVIL DE 1870 Y 1884.....	58
II.- CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.....	61
III.- EL MATRIMONIO EN LAS DEMAS ENTIDADES FEDERATIVAS.....	62
IV.- CONVENCION SOBRE EL CONSENTIMIENTO PARA EL MATRIMONIO, LA EDAD MINIMA. PARA CONTRAER MATRIMONIO Y EL REGISTRO DE LOS MATRIMONIOS.....	66
V.- CONFLICTOS DE LEYES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS.....	69
VI.- POSIBLES CONFLICTOS DE LEYES DERIVADAS DEL CONSENTIMIENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO Y REGISTRO DEL MISMO EN EL CODIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO.....	72

CAPITULO PRIMERO

LA FAMILIA PRIMITIVA

I.- ORIGEN DEL HOMBRE

II.- ORIGEN DE LA FAMILIA

III.- ETIMOLOGIA DE LA PALABRA FAMILIA

IV.- PROMISCUIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES

V.- MATRIMONIO POLIGAMICO

VI.- EL MATRIMONIO MONOGAMICO

LA FAMILIA PRIMITIVA

1.- ORIGEN DEL HOMBRE.

El objeto de nuestro trabajo es indudable, se encuentra ubicado en el ámbito del Derecho Familiar y en especial nos referiremos a la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y registro del matrimonio, suscrito en Nueva York el 10 de diciembre de 1981, aprobada por México con fecha 10 de noviembre de 1982, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 3 del mes de diciembre de ese mismo año y publicado el texto en Diario Oficial de fecha 19 de abril de 1983, esta convención la analizaremos en función al Derecho Familiar Mexicano, acorde con la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros documentos reglamentarios de la misma.

El hombre al aparecer en el planeta que habitamos, experimentó evoluciones que todavía observamos en diferentes lugares.

"Nuestros antepasados simiescos eran animales sociales evidentemente no es posible buscar el origen del hombre, el más social de los animales en unos antepasados inmediatos no sociales" (1)

Con el trabajo se iban ampliando los horizontes del hombre, haciéndole descubrir constantemente en los objetos de la naturaleza a nuevas propiedades hasta entonces desconocidas.

El trabajo, al multiplicar los casos de ayuda mutua y de actividad conjunta y al mostrar así las ventajas de esta actividad conjunta para cada individuo, tenía que contribuir forzosamente a agrupar aún más a los miembros de la sociedad, los hombres, en formación llegaron a un punto en que tuvieron necesidad de decirse algo los unos a los otros, es por eso que la comparación con los animales nos muestra que esta explicación del origen del lenguaje empieza a partir del trabajo y con el trabajo es la única acertada.

Seguramente hubieron de pasar centenares de miles de años antes de que la sociedad humana surgiera de aquellas manadas de monos que trepaban por los árboles.

1.- F.Engels, El papel del trabajo en la Transformación del mono en hombre. Editorial Progreso, Moscú, 1977, Traducción al español de Editorial Progreso, 1977 pág. 5.

les, pero al fin y al cabo surgió y encontramos que en el devenir histórico del hombre nos encontramos que primero fue el trabajo y posteriormente la palabra articulada y con ello también el hombre aprendió a comer todo lo comestible, de la misma manera se habituó a vivir en cualquier clima. Se extendió por toda la superficie habitable de la tierra, siendo el único animal capaz de hacerlo por propia iniciativa. Con el ir y venir del hombre empezó a cansarse de los diferentes climas y esto creó nuevas necesidades, al obligar al hombre a buscar habitación y a cubrir su cuerpo para protegerse del frío y de la humedad, incluso de los animales salvajes y por este hecho se fue apartando definitivamente de las fieras salvajes y ponzoñosas.

Gracias a la cooperación de la mano, de los órganos, del lenguaje y del cerebro ya más desarrollado, no sólo en cada individuo, sino también en la sociedad, los hombres fueron aprendiendo a ejecutar operaciones cada vez más complicadas, a plantearse y a alcanzar objetivos cada vez más elevados. El trabajo mismo se diversificaba y perfeccionaba de generación en generación extendiéndose cada vez a nuevas actividades, a la caza y a la ganadería, vino a sumarse la agricultura, más tarde el hilado y el tejido, el trabajo de los metales, la alfarería y la navegación, así mismo y conjuntamente con lo anterior el comercio, las artes y las ciencias; de las tribus salieron las naciones y los estados.

Se desarrolla el Derecho y la Política en su estado primitivo, la religión frente a todas estas creaciones que se manifestaban en primer término como producto de su cerebro y parecían dominar las sociedades humanas.

Ya en la familia primitiva, la cabeza que planificaba el trabajo era ya capaz de obligar a manos ajenas a realizar el trabajo proyectado por ella. Los hombres se acostumbraron a explicar sus actos por su pensamiento.

II.- ORIGEN DE LA FAMILIA.

Federico Engels nos dice que: "Morgan fue el primero que con conocimiento de causa trató de introducir un orden preciso en la prehistoria de la humanidad y su clasificación permanecerá sin duda en vigor hasta que una riqueza de datos más considerables nos obliguen a modificarla". (2)

El mismo autor con base en la misma fuente agrega: "Las tres épocas principales es el Salvajismo, la Barbarie y la Civilización... las dos primeras... las subdivide en los estadios inferior, medio y superior; según los medios de existencia, porque dice:

La habilidad en esa producción desempeña un papel decisivo en el grado de superioridad y de dominio del hombre sobre la naturaleza: el hombre es, entre todos los seres, el único que ha logrado un dominio casi absoluto de la producción de alimentos. Todas las grandes épocas del progreso de la humanidad coinciden, de manera más o menos directa, con la época en que se extienden las fuentes de existencia" (3)

Por cuento a la etapa inferior, ha sido explicada al principio de este apartado y que ratificamos apoyandonos en Engels quién afirma, es: "Infancia del género humano. Los hombres permanecían aún en los bosques tropicales o subtropicales y vivían, por lo menos parcialmente, en los árboles; esta es la única explicación de que pudieran continuar existiendo entre grandes fieras salvajes. Los frutos, las nueces y las raíces servían de alimento; el principal progreso esta en el lenguaje articulado" (4)

Estado medio, parafraseando a quién nos ilustra, se caracteriza por el consumo del pescado y otros de origen marino, con el alimento y con el uso del fuego, se hicieron independientes con estos inventos y empezaron a elaborar instrumentos de piedra sin pulimentar de la primera edad de piedra, conocida con el nombre de paleolítico, las primeras armas, la maza y la lanza hacen que con ello se les facilite la caza.

2.- F.Engels, El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado, E. Progreso, 1976, Traducción por Editorial Progreso, 1976 pág. 19

3.- IDEM. pág. 19.

4.- IDEM. pág. 20.

Estadio superior, con los mismos lineamientos del párrafo precedente, en esta etapa, aparece la invención del arco y la flecha, para cazar y obtener su alimento regular, dejando atrás su conducta antropófaga, así, el cazar, es una de sus ocupaciones normales, estos documentos forman ya un instrumento muy complejo, cuya invención supone larga experiencia acumulada y facultades mentales desarrolladas, así como el conocimiento simultáneo de otros inventos.

La fuente que utilizamos expone otros estadios como la barbarie en sus modalidades inferior, medio y superior que no resumimos para no hacer tedioso este inciso.

III.- ETIMOLOGIA DE LA PALABRA FAMILIA.

Para el Diccionario Anaya de la Lengua Española, la palabra familia proviene del Latín *Famili* que quiere decir lo siguiente:

Gente que vive en una casa bajo la misma autoridad, agrega además otros significados, como un linaje, conjunto de descendientes, ascendientes, colaterales y afines. (5)

La familia es, sin duda, la formación básica de la sociedad humana, pero en un factor cultural de trascendental importancia en la vida del hombre, tanto desde el punto de vista de su ser social como de su personalidad, sobre la cual - ejerce una poderosa y perdurable influencia, cuya profunda huella ha ido poniendo de manifiesto la Psicología contemporánea.

"Los diversos sistemas de parentesco que se presentan en las distintas sociedades difieren no sólo por la importancia que se asigna a las relaciones conyugales y consanguíneas, sino también por la forma en que se ordenan las relaciones basadas en los vínculos de la sangre. El concepto fundamental en esta materia es el del linaje. Los miembros de un mismo antepasado común" (6)

Tomando como punto de partida el linaje, éste puede ser patrilineal o matrilineal al decir de Leandro Azuara Pérez, los que se basan respectivamente, en la descendencia del hombre o de la mujer. En estos sistemas son diversos. En la sociedad occidental contemporánea se reconocen ambas líneas de descendencia, - lo cual nos autoriza a llamar a este sistema, bilateral. En el sistema bilateral desde el punto de vista institucional no se establecen diferencias entre - los parientes maternos y los paternos, aún cuando en la práctica frecuentemente se presentan dichas diferencias. Así, en la familia Mexicana actual, como las mujeres tienen emociones más profundas con sus padres, que los hombres, - las relaciones con la familia del marido.

Continúa Azuara, "La familia debe contemplarse como parte de un sistema más - amplio que es el de parentesco. Este último se encuentra formado por una es--

5.- Nuevo Practiccionario Anaya de la Lengua Española, editado por Fundación Televisa, S.C., México D. F. 1981.

6.- Leandro Azuara Pérez, Sociología, Editorial Porrúa, S.A. México D. F. 1980, pág. 225.

estructura de roles o papeles sociales y de relaciones basadas en las de consanguinidad y de matrimonio, parentesco por afinidad que vincula a los hombres, a las mujeres y a los niños dentro de una totalidad organizada. Varias posiciones en nuestro sistema de parentesco manifiestan una trama relativamente complicada de vínculos consanguíneos y de afinidad. Veamos algunos ejemplos de esta trama de relación de parentesco: "Los primos hermanos se encuentran relacionados en virtud de que sus padres o madres son hermanos. Los parientes políticos se encuentran relacionados porque alguno se casó con un hijo o un hermano del otro. La madre de alguien es, a su vez, tía de otra persona o hermana de otro individuo" (7)

El propio Azuara hace las siguientes distinciones que influyen en los sistemas de parentesco y son los elementos siguientes:

- 1.- El tabú del incesto.
- 2.- El hecho de que todo individuo normal pertenece a dos familias es trictas, la familia de orientación y la de procreación.

"Los sistemas de parentesco son muy importantes en la sociedad primitiva. El parentesco es fundamental para la conservación de la - unidad de la sociedad y viene a ser el marco donde el individuo lleva a cabo sus funciones políticas y económicas, adquiere derechos y obligaciones, recibe ayuda de la comunidad. En consecuencia, el camino más efectivo para analizar la estructura social en una sociedad primitiva es el de estudiar con cuidado el parentesco" (8)

Anteriormente quedó explicado que la familia a que nos venimos refiriendo está integrada por un número de miembros mayor aún que el que integra actualmente - una familia en sentido amplio. Porque en su primera etapa de integración social, incluía clientes y esclavos. Tan extensa era, que formaba una unidad - económica. Existía una economía familiar. Economía cerrada o de autoproducción.

En el siguiente inciso nos referimos a la promiscuidad en las relaciones familiares y que volveremos a estudiar desde la antigüedad hasta nuestros días.

7.- Idem. pág. 226.

8.- Idem, pág. 226.

IV.- PROMISCUIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES.

Una de las formas más rudimentarias de la comunidad, se ofrecen, en el amor ma ternal, sexual y fraternal, todos los hombres son hermanos, que provienen de un padre común; Adán. Pero esta idea no reviste significación real, sino limi tada a ciertos pueblos o grupos, unida a ideas religiosas. Las relaciones íntimas de comunidad, se garantizan como relaciones reales, necesarias y universales, por la existencia y reproducción perpetua de los seres humanos" (9)

De la misma manera que cada quien pueda ser enemigo de los demás, cada quien puede efectuar cambios y reconciliarse con los otros. De aquí resulta, con forzosidad, que una asociación que de este principio proceda, hace cesar las hostilidades y puede abarcar incluso a la humanidad entera.

Para el Diccionario Anaya de la Lengua Española promiscuidad o promiscuo.- a - proviene de la palabra latina PROMISCUUS, y trae las siguientes acepciones:

- 1.- Mezclado.
- 2.- Ambiguo.

Familia de promiscuo.- Promiscuación, Promiscuamente, Promiscuidad. (10)

La familia algo evolucionada se constituye por medio de uniones matrimoniales, que presentan formas muy diversas; la concepción tradicional no conoce más que la monogamia, al lado de la poligamia del hombre y quizá, la poliandria de la mujer, la práctica se salta tácitamente y sin escrúpulos por encima de las barreras impuestas por la sociedad oficial.

Reconstruyendo retrospectivamente la historia de la familia, "Morgan llega, de acuerdo con la mayor parte de sus colegas, a la conclusión de que existió un estadio primitivo en el cual imperaba en el seno 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. En el siglo pasado habíase ya hablado de tal estado primitivo, pero sólo de una manera general; Bachofen fue el primero -y este es uno de sus mayores méritos- que lo tomó en serio y busco sus -

9.- Antonio Caso, Sociología, VI Edición Editorial Porrúa, S. A. México, D.F. 1951 pág. 52 y 53.

10.- Diccionario Anaya, Ob. Cit.

huellas en las tradiciones históricas y religiosas. Sabemos hoy que las huellas descubiertas por él no conducen a ningún estadio de promiscuidad de los sexos, sino a una forma muy posterior al matrimonio por grupo" (11)

Aquel estado social primitivo, aún época tan remota, que de ningún modo podemos prometernos encontrar pruebas directas de su existencia, ni aún en los fósiles sociales, entre los salvajes más atrasados. Corresponde precisamente a Bachofen el mérito de haber llevado a primer plano el estudio de esta cuestión.

"Bachofen prueba cuán poco ha comprendido lo que ha descubierto o más bien adivinado, al designar ese estadio primitivo con el nombre de 'heterismo'. Cuando los griegos introdujeron esta palabra en su idioma, el heterismo significaba para ellos el trato carnal de los hombres célibes o monógamos con mujeres no casadas; supone siempre una forma definida de matrimonio, fuera de la cual se mantiene ese comercio sexual, e inclusive incluye la prostitución, por lo menos como posibilidad. Esta palabra no se ha empleado nunca en otro sentido, y así la empleo yo, lo mismo que Morgan. Bachofen lleva en todas partes sus importantísimos descubrimientos hasta un misticismo increíble, pues se imagina que las relaciones entre hombres y mujeres, al evolucionar la historia, tienen su origen en las condiciones reales de su existencia" (12)

En las sociedades primitivas sólo se conoce la poligamia y la monogamia, el matrimonio por grupos, la forma de matrimonio en que grupos enteros de hombres y mujeres se pertenecen recíprocamente y que deja muy poco margen para celos. Además, en un estadio posterior de desarrollo encontramos la poliandria, forma excepcional, que excluye en mayor medida aún los celos y que es desconocida entre los animales pero como la forma de matrimonio por grupos que conocemos van acompañadas por condiciones tan peculiarmente complicadas que nos indican necesariamente la existencia de formas anteriores más sencillas de relaciones sexuales y con ello, en último término, un período de promiscuidad correspondiente al tránsito de la animalidad, a la humanidad, las referencias de los matrimonios animales nos llevan de nuevo al mismo punto del que debíamos haber partido de una vez.

11.- F. Engels, El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado.
Ob. Cit. pág. 28 y 29.

12.- F. Engels, Ob. Cit. pág. 29 y 30.

V.- MATRIMONIO POLIGAMICO.

Para continuar es necesario saber el significado de las palabras 'matrimonio - poligámico' y acudiendo al mismo diccionario Anaya de la Lengua Española y literalmente dice que matrimonio proviene de la desinencia latina matrimonium y - quiere decir:

1.- Unión legal de un hombre y una mujer por medio de la cual queda socialmente reconocida su relación sexual y constituida una familia.

2.- En la religión católica, sacramento que confiere a esta unión un carácter indisoluble.

3.- Marido y mujer.

4.- Matrimonio Civil.- El que se hace ante un representante de la autoridad Civil, sin intervención de la iglesia.

5.- Matrimonio eclesiástico o por la iglesia, el que se hace delante de un sacerdote y testigos.

La palabra poligamia la encontramos en el diccionario Anaya de la Lengua Española por polígamo -a y proviene de la palabra griega poli y de gamos que significa unión, matrimonio y a la vez se dice del varón casado con varias mujeres.

Lo paralelo de la palabra polígamo sería la poliandria que proviene de poli y aner, andros igual a varón y significa régimen que permite a la mujer tener varios maridos. Poliandria también se conoce como poliandra" (13)

Ahora bien, "el origen del término matrimonio" aún se discute en la actualidad: para algunos proviene de 'matriz' y para otros de 'mater', aunado a la voz 'munium', esto es igual a carga o gravamen de donde en latín se entiende por matrimonio: "carga, cuidado o gravamen que incumbe a la madre". Aparece en las fases más avanzadas de la civilización, tiene su origen en el Egipto antiguo, estaba reservado exclusivamente para la aristocracia y conseguiría derecho a se-

13.- Diccionario Anaya, Ob. Cit.

pultura; hasta la "Gran Revolución" del año 2000 A. de C., el derecho de matrimonio fue conquistado por el pueblo. (14)

Por lo tanto matrimonio se entiende la sanción consuetudinaria legal o religiosa de las disposiciones para fundar una nueva familia. Los requisitos para realizar un matrimonio han evolucionado mucho y muestran diferencias de una cultura a otra; sin embargo, el común denominador es la relación sexual cuyo fin es la procreación y por lo tanto a la perpetuación de la especie y que sin duda en toda la historia de la humanidad se ha dado de una forma u otra, por lo tanto se deduce de lo anteriormente escrito que el matrimonio poligámico es una de las formas utilizadas para ese fin y sin duda la unión de un sólo hombre con varias mujeres, es reconocida su relación sexual ante la sociedad de ese tiempo.

Aunado a lo anteriormente, existen otras formas de matrimonio y que en su oportunidad se analizaran, tenemos entre esas formas matrimoniales a la exogamia, la endogamia, la monogamia y la que nos ocupa la poligamia y algunas otras formas de relación que fueron prohibidas, como el incesto.

La poligamia es más común que la poliandria, y se ha mantenido como una institución legalmente reconocida hasta nuestros días en pueblos de avanzada cultura, como el Arabe y el Turco. El matrimonio de harem vino a ser abolido en Turquía el año de 1926, por las reformas sociales de Mustafá Kemal" (15)

Un autor mexicano dice al respecto: "La poligamia al decir de F. Larroyo es "el régimen en que el hombre tiene varias mujeres, se halla muy extendido, sea en su forma pura (mahometanos, australianos, americanos, negros, etc), sea en sus formas atenuadas; concubinato legal (en todo Oriente) y matrimonio temporal (Persia, Japón). Sólo con el desarrollo de la sociedad evoluciona la monogamia, nominal o real, y con ella se ve aparecer el respeto para la mujer, ésta se hace más libre, así como los hijos que han pasado de cierta edad. El matrimonio individual está a menudo enlazado con una nueva forma de filiación:

14.- Dr. Fernando Rubio del Villar, Manual de Sociología, Tomo II, Editorial Posada, S. A. 2a. Edición. México, D. F. 1976, pág. 84

15.- José J. Nodarse, Elementos de Sociología, Editorial Minerva Books, LTD y Compañía General de Ediciones, S. A. XI Edición. México, D. F. 1975, págs. 34 y 35.

el patriarco, que halla sus raíces en la constitución de la propiedad y en la subordinación de la mujer al hombre. En el matriarcado, el defensor natural del hijo y de la familia es el hermano de la madre; en el patriarcado es reemplazado por el padre, que extiende el derecho de propiedad, no sólo sobre la madre, sino también sobre los hijos; puede venderlos, alquilarlos, pignorarlos, etc. (16)

Por otro lado tenemos la endogamia que se deriva de *endon* de *gameo gamos*, ambas desinencias del griego *endon* (17), que quiere decir Dentro, en el interior de: y *gamos* (18) que significa casarse o casamiento, para el diccionario Anaya *endogamia* significa matrimonio entre personas de pertenecientes a una misma entidad social, étnica y hábito de contraer exclusivamente esta clase de uniones. (19)

Otra de las formas de relaciones sexuales es el incesto que quiere decir, Relación sexual entre parientes, dentro de los grados en que esta prohibido el matrimonio. (20)

El incesto por lo tanto es la relación sexual entre consanguíneos y muy próximos. La aparición del incesto como tabú (prohibición) religiosa aparece en diferentes culturas después de un gran período de desarrollo. En Egipto, la pareja fraterna Isis-Osiris es la imagen de la unión más absoluta social y religiosa. En Babilonia, también se presenta a adoración la pareja incestuosa Baal---Anat; el mito griego de Edipo es otro ejemplo. La consideración de ilicitud del incesto ha progresado paulatinamente: en Israel premosaico, se codifica al incesto, permitiéndose entre hijos de padre pero no de madre. El Levítico, mosaico, lo prohíbe hasta en parientes en el sexto grado. En la actualidad prácticamente todas las legislaciones lo consideran como delito autónomo, excepto en el llamado modo "incesto dinástico" que permite el matrimonio entre consanguíneos muy próximos, con fines a preservar el linaje real" (21)

16.- F.Larroyo, Los Principios de la Ética Social, Editorial Porrúa, S.A. XV Edición, México, D.F. 1976, pág. 272.

17.- Diccionario Anaya, Ob. Cit.

18.- Agustín Mateos M. Etimologías Grecolatinas del Español, Editorial Esfinge, S.A. XIII Edición, México, D. F. 1977, pág. 187.

19.- Diccionario Anaya, Ob. Cit.

20.- Diccionario Anaya, Ob. Cit.

21.- Fernando Rubio del Villar, Ob. Cit. pág. 86

Por lo tanto parece más bien que es imposible formarse la menor idea de las con diciones primitivas, mientras se les mire por la ventana de un lupanar esto - - quiere decir la existencia de diferentes relaciones sexuales y todas ellas eran, fueron y son con el fin de poblar la tierra.

La monogamia es otra de las formas del matrimonio, ésta la trataremos más expli ci tamente en el siguiente inciso y daremos por terminado el primer capítulo que sin duda nos servirán estos antecedentes para la realización del tema que nos ocupa y que se titula, La Edad Nubil para Contraer Matrimonio en Los Derechos Humanos, esto desde luego en la época en que vivimos.

VI.- EL MATRIMONIO MONOGAMICO.

La palabra matrimonio ya se dió su etimología en el inciso anterior, nos ocuparemos de la palabra monogámico, proviene de monos y gamos que significa la primera: único; la segunda: casamiento (22) y quiere decir casamiento con una sola persona. El Diccionario lo define como matrimonio con una sola mujer. (23) Volvamos a recorrer otra vez el pasado y encontraremos los antecedentes de la monogamia:

Morgan hace una división de la familia en el estado primitivo de la siguiente forma:

1.- "La familia consanguínea, la primera etapa de la familia. 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 sus hijos, es decir, con los padres y las madres; los hijos de éstos forman, a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes; y sus hijos es decir, los bisnietos de los primeros, el cuarto. En esta forma de la familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y de los deberes (pudiéramos decir) del matrimonio. Hermanos y hermanas, primos y primas en primero, segundo y restantes grados, son todos ellos entre sí hermanos y hermanas y por eso mismo todos ellos maridos y mujeres unos de otros. El vínculo de hermano y hermana presupone de por sí en ese período el comercio carnal recíproco. (24) Ejemplo típico de tal familia serían los descendientes de una pareja en cada una de cuyas generaciones sucesivas todos fuesen entre sí hermanos y hermanas y por eso mismo, todos ellos maridos y mujeres unos de otros.

2.- "La familia punalúa, si el primer progreso en la organización de la familia consistió en excluir a los padres e hijos del comercio sexual recíproco, el segundo fue en la exclusión de los hermanos. Por la mayor igualdad de edades de los participantes, este progreso fue, infinitamente más importante, pero también más difícil que el primero. Se realizó poco a poco comenzando, probablemente, por la exclusión de los hermanos uterinos (es decir, por parte de madre), al principio en casos aislados, luego, gradualmente, como re-

22.- Agustín Mateos M. Ob. Cit. pág. 187.

23.- Diccionario Anaya Ob. Cit.

24.- F. Engels Ob. Cit. pág. 33.

gla general (en Hawái aún había excepciones en el presente siglo), y acabando por la prohibición del matrimonio hasta entre hermanos colaterales (es decir, según nuestros actuales nombres de parentesco, los primos carnales, primos segundos y primos terceros). Este progreso constituye según Morgan, una magnífica ilustración de como actúa el principio de la selección natural" (25).

3.- La familia sindiasmica.- En el régimen de matrimonio por grupos, o quizás antes, formabanse ya parejas conyugales para un tiempo más o menos largo; el hombre tenía una mujer principal (no puede aún decirse que una favorita) entre sus numerosas esposas y era para ella el esposo principal entre todos los demás. Esta circunstancia ha contribuido no poco a la confusión producida en la mente de los misioneros, quienes en el matrimonio por grupos ven una comunidad promiscua de las mujeres, ahora un adultero. Pero conforme se desarrollaba la gens iban haciéndose más numerosas las clases de "hermanos" y "hermanas" y de entre quienes ahora era imposible el matrimonio, ésta unión conyugal por parejas, basada en la costumbre, debió ir consolidando. Aún llevó las cosas más lejos el impulso dado por la gens a la prohibición del matrimonio entre parientes consanguíneos. Así vemos que entre los iroqueses y entre la mayoría de los demás indios del estadio inferior de la barbarie, está prohibido el matrimonio entre todos los parientes, en la etapa de la familia sindiasmica el hombre vive con una mujer, pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad 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 común, y su adulterio se castiga cruelmente. Sin embargo, el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una y otra parte y después como antes, los hijos sólo pertenecen a la madre. El matrimonio entre gens no consanguíneo engendra una raza más fuerte, tanto en el aspecto físico como en el mental; mezclábanse dos tribus avanzadas y los nuevos cráneos y cerebros crecían naturalmente hasta que comprendían las capacidades de ambas tribus" (26)

La familia sindiasmica aparece en el límite entre el salvajismo y la barbarie, las más de las veces en el estadio superior del primero y sólo en algunas partes en el estadio inferior del segundo.

25.- F. Engels Ob. Cit. pág. 25

26.- F. Engels Ob. Cit. pág. 43 y 44.

4.- La familia monogámica.- Nace de la familia sindiásmica, según hemos indicado, en el período de transición entre el estadio medio y el estadio superior de la barbarie; su triunfo definitivo es uno de los síntomas de la civilización naciente. Se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible; y esta paternidad indiscutible se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre. La familia monogámica se diferencia del matrimonio sindiásmico por una solidez mucho más grande de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltos por deseo de cualquiera de las partes. Ahora sólo el hombre, como regla, puede romper estos lazos y repudiar a su mujer. También se le otorga el derecho de infidelidad conyugal, sancionado, al menos, por la costumbre, (el Código de Napoleón se lo concede expresamente, mientras no tenga la concubina en el domicilio conyugal), y éste derecho se ejerce cada vez más ampliamente, a medida que progresa la evolución social. Si la mujer se acuerda de las antiguas prácticas sexuales y quiere renovarlas, es castigada más rigurosamente que en ninguna época anterior. Por lo tanto, la monogamia no aparece de ninguna manera en la historia como una reconciliación entre el hombre y la mujer, y menos aún como la forma más elevada de matrimonio. Por el contrario, entró en escena bajo la forma del esclavismo de un sexo por el otro, como la proclamación de un conflicto entre los sexos, desconocido hasta entonces en la prehistoria. En un viejo manuscrito inédito, redactado en 1946 por Marx y F. Engels, se encuentra esta frase: "La primera división del trabajo es la que se hizo entre el hombre y la mujer para la procreación de hijos. Posteriormente F. Engels añadió el antagonismo de clases que apareció en la historia, coincide con el desarrollo del antagonismo entre el hombre y la mujer en la monogamia; y la primera opresión de clases con la del sexo femenino por el masculino. La monogamia fue un gran progreso histórico, pero al mismo tiempo inahugura, justamente con la esclavitud y con las riquezas privadas, aquella época que era hasta nuestros días y en la cual cada progreso es al mismo tiempo un regreso relativo y el bienestar y el desarrollo de unos, verificanse a expensas del dolor y de la represión de otros.

La monogamia es la forma celular de la sociedad civilizada, en la cual podemos estudiar ya la naturaleza de las contradicciones y de los antagonismos que alcanzan su pleno desarrollo en esta sociedad. La antigua libertad relativa de

comercio sexual no desapareció del todo con el triunfo del matrimonio sindiásmico no aún con el de la monogámia. El antiguo sistema conyugal reducido a más estrechos límites por la gradual desaparición de los grupos punalúas, seguía siendo el medio en que se desenvolvía la familia, cuyo desarrollo frenó hasta los albores de la civilización. Desapareció, por fin, con la nueva forma del heterismo, que sigue al género humano hasta en plena civilización como una negra sombra que se cierne sobre la familia.

El Código de Napoleón dispuso en su Artículo 312, "L' enfant concu pendant le mariage a pour pere le mari" o sea ("El hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido").

Por supuesto la familia monogámica no ha revestido en todos los lugares y tiempos la forma clásica y dura que tuvo entre los griegos. La mujer era más libre y más considerada entre los romanos, quienes en su calidad de futuros conquistadores del mundo tenían de las cosas un concepto más amplio, aunque menos refinado que los griegos. El romano creía suficientemente garantizada la fidelidad de su mujer por el derecho de vida y muerte que sobre ella tenía, además la mujer podía allí romper el vínculo matrimonial a su arbitrio, lo mismo que el hombre. Pero el mayor progreso en el desenvolvimiento de la monogámia se realizó indudablemente, con la entrada de los germanes en la historia, y fue así porque, dada su pobreza; parece que por el entonces la monogámia aún no se había desarrollado plenamente entre ellos a partir del matrimonio sindiásmico.

En resumen el matrimonio es monógamo en el sentido etimológico de la palabra, pero de ningún modo lo es en su sentido histórico" (27)

La familia monogámica es entonces "el tipo de organización familiar que aparece durante el período de civilización de la humanidad. En la antigüedad se construye a base de la familia sindiásmica pero con la intervención directa de la sociedad; el matrimonio es un deber social y por lo tanto, no puede ser disuelto por la simple voluntad de las partes. La noción de la gens paterna se concreta, junto con la estipulación legal de la propiedad patrimonial o sea, propiedad del hogar. Aparece la institución del mayorazgo, es decir, que el nombre y linaje corresponden al hijo mayor. La mujer baja en la escala social

27.- F.Engels, Ob. Cit. págs. 59, 63, 65, 66 y sig.

al mismo rango que los hermanos menores. Se exige la dote, o sea, la contribución al patrimonio familiar tanto de la mujer, para integrarse a su nueva casa, como del hombre, para restituir a la casa del padre de la esposa la pérdida de la hija. La mujer pierde su nombre, linaje y su derecho de adorar a los dioses de la casa paterna, para integrarse, en calidad de menor, al nombre, linaje y dioses de la casa del esposo. Posteriormente, el factor económico y político se hace más importante en el matrimonio, al grado de que no es el varón quien elige, sino que son matrimonios concertados por los padres de los conyuges" (28)

Finalmente "la naturaleza jurídica del matrimonio ha sido concedida de muy diversas maneras; sin embargo, puede ser sintetizado en tres doctrinas. La primera lo considera, como producto de la voluntad de las personas, la segunda, como producto del derecho del Estado y, la tercera, como una síntesis de las dos anteriores. En la primera postura se describe al matrimonio como un "contrato que celebran un hombre y una mujer para los fines de ayuda mutua y para perpetuar la especie", a este criterio se oponen dos objeciones: que la sola voluntad de los contrayentes no es suficiente ni para verificar el matrimonio ni para deshacer el vínculo matrimonial. La segunda postura, apoyada entre otros por Hegel, establece que el matrimonio es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social" (Hauriou) es decir, que el matrimonio es una función social por medio de la cual la sociedad se asegura la continuidad de la especie, para tal efecto, la sociedad debe regular las relaciones entre los conyuges organizando y sosteniendo un poder de mando (autoridad) que lleve la dirección de la sociedad conyugal, dicha autoridad puede recaer en el marido o en ambos conyuges a la vez, se critica a ésta postura el que, al intervenir el Estado, la relación entre las personas deja de tener un carácter de "intimidad familiar" para convertirse puramente en una relación social entre los conyuges. Por último, la tercera postura trata de conciliar ambos supuestos y establecer que si bien la relación matrimonial es una forma de relación especial (íntima y personal) entre las personas, la finalidad de esta relación matrimonial es la procreación; los hijos resultantes de la unión constituyen un tercer elemento de donde la sociedad debe intervenir para tratar de asegurar que el matrimonio sea estable hasta que los hijos se hayan desarrollado y que éstos reciban las atenciones necesarias para su crecimiento" (29)

28.- Fernando Rubio del Villar, Ob. Cit. pág. 82.

29.- Fernando Rubio del Villar, Ob. Cit. pág. 115.

CAPITULO SEGUNDO

LA FAMILIA EN SISTEMAS JURIDICOS ANTIGUOS HASTA ANTES DE LA
EDAD MEDIA

I.- EL DERECHO ROMANO

II.- EL MATRIMONIO EXPUESTO POR HISTORIADORES

A).- TACITO

B).- HERODOTO

C).- OTROS AUTORES

LA FAMILIA EN SISTEMAS JURIDICOS ANTIGUOS HASTA ANTES DE LA EDAD MEDIA

1.- DERECHO ROMANO.

La más adecuada y congruente organización de las uniones conyugales es y debe ser la monogamia, ya que sólo en ella se satisface de la mejor manera los dos objetivos supremos del matrimonio: el permanente y mutuo amor de los esposos y planeada procreación de la familia.

La monogamia es planta occidental; pero aún en Grecia y Roma la situación de la mujer respecto del varón era de inferioridad. El movimiento igualitario de ambos sexos proviene del cristianismo y de la revolución francesa en lo fundamental. Eticamente se justifica tal equiparación moral del hombre y mujer en la idea de justicia. Mujer y marido deben tener iguales derechos, toda vez que ambos, como personas, son fines en sí.

Veamos entonces la familia en el Derecho Romano, nos dice el maestro Bravo González que: "la familia está organizada en Roma sobre la base del patriarcado, - misma forma que conocieron otros pueblos de la antigüedad como los hebreos, los persas, los galos. De aquí que el papel del pater familias fuera el principal y de ahí también que la madre ocupara un lugar completamente secundario. Por su misma constitución la familia se desarrollaba exclusivamente por vía de los varones; la mujer al casarse salía de su familia civil para pasar a formar parte de la familia del marido" (30)

Por lo tanto, el Derecho Romano legisló en torno a la familia aparecen algunos datos en la Leges Rogatae, en "relación sobre la protección de los menores de veinticinco años en la Ley o Lex Pleatoria de Minuribus" (31)

Tabla I-II-III.- Derecho Procesal.

Tabla IV.- Derecho de familia.- Contiene la reglamentación de la patria potestad, siguiendo tradicionalmente arias. Allí encontramos también la disposición de que el padre debe matar al niño que nazca deforme.

30.- Beatriz Bravo Valdez y Agustín Bravo González, primer curso de Derecho Romano, Edit. Pax-México, Librería Carlos Césarman, S. A., México, D. F. junio de 1978, pág. 119.

31.- Guillermo Floris Margadant S., Derecho Romano, 8a. Edición, Edit. Esfinge, S. A. México, D. F., 1978, pág. 46.

Tabla V.- Derecho sucesorio.- Con la libertad testamentaria, tan sorprendente desde el punto de vista sociológico.

Tabla VI.- Derecho de cosas.- Se esboza la distinción entre propiedad y posesión.

Todo lo anterior descrito es con el fin de tener un antecedente del Derecho Romano en materia familiar, cuyo primer antecedente lo encontramos en las XII tablas. El Derecho Romano es entonces: "el conjunto de los principios de derecho que han regido a la sociedad romana en las diversas épocas de su existencia, - desde su origen hasta la muerte del emperador Justiniano. Como se ve, éste derecho rigió a Roma desde su fundación en 753 a. de c., hasta 565 de nuestra - era" (32)

Ahora bién, "durante muchísimo tiempo, privó, sin réplica la historia de la familia patriarcal. Los recursos clásicos que se refieren a la agnación grecoromana o el patriarcado israelita, impedian concebir, siquiera, un grupo familiar diferente del que se comenta en estas varias y venerables autoridades de la civilización occidental: la Biblia, la Política de Aristóteles y el Derecho Romano. Posiblemente a fines del siglo pasado y a principios de éste, que la investigación etnográfica tomó por otro rumbo diferente, sostenido, con Bachofen, - que, como la maternidad escapa a la percepción de los primitivos, debió existir el matriarcado o ginecocracia anteriormente a la autoridad masculina, y ser el propio matriarcado la primera organización de la sociedad humana. Dentro de esta hipótesis, la humanidad habría vivido en un estado de promiscuidad general, en que el hombre se preocupase poco de los hijos que habían engendrado, en tanto que la mujer cuidaría de ellos y se convertiría, de esta suerte, en el centro de la familia y de la autoridad" (33)

En tanto que el Derecho de familia en Roma, se necesita hablar tanto de la patria potestad, del matrimonio como de -la tutela- curatela,

"El derecho de familia del mundo antiguo mediterráneo no ha encontrado la misma repercusión en el derecho moderno que otras ramas. Contiene una serie de figuras expresamente rechazadas por el derecho actual y por otra parte, los derechos canónico, (imbuido de una moral más severa en materia sexual) y germánico han competido

32.- Ob. Cit. de Beatriz Bravo Voldez y Agustín Bravo González, pág. 27.

33.- Antonio CAso, Ob. Cit. pág. 283.

fuertemente con el romano para crear el moderno derecho familiar"(34)

En varias partes del Corpus iuris: "Parentesco viene de parens, parentis, el padre o la madre, el abuelo y otro ascendiente de quién se desciende. Los romanos distinguieron entre el parentesco civil o agnatio y el parentesco natural o cognatio.

La agnatio es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna, pues del paterfamilias dependía la composición de la familia, siendo libre de cambiarla a su arbitrio. En efecto, podía emancipar a sus hijos, darlos en adopción, además, podía hacer ingresar a extraños en sus familias mediante la adrogación y la adopción. Podemos decir que la estructura de toda la familia civil romana está organizada en beneficio del pater familia, sin tomar en cuenta el interés de las demás personas sujetas a su autoridad, (35)

"La proximidad del parentesco se fija por el número de grado y estos se determinan de la siguiente forma: tenemos el parentesco natural y el parentesco por afinidad. En el primero se distingue:

a).- El parentesco en línea directa, que puede ser ascendiente o descendente y es aquel que une a dos personas de las cuales una desciende de la otra, y

b).- El parentesco por afinidad es el que se origina por el matrimonio y es el lazo que se forma entre los esposos mismos y entre los parientes de uno de los esposos y los parientes del otro" (36).

En materia de parentesco Floris Margadant distingue:

"a).- Parentesco en línea recta ascendente (parientes) o descendente (liberi)-

b).- Parentesco en línea colateral (a través de hermanos propios o de hermanos de ascendientes o descendentes).

c).- Parentesco entre afines, es decir, entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro.

34.- Guillermo Floris Margadant S. Ob. Cit. pág. 194.

35.- Beatriz Bravo Valdes y Agustín Bravo González, Ob. Cit. pág. 120.

36.- Idem. Ob. Cit. pág. 121

Si este último parentesco se extingufaba, al disolverse el matrimonio en que se fundaba, es cuestión que se presta a controversia.

Los grados en materia de parentesco para este autor resulta la regla: *quot generationes, tot gradus*, o sea, hay tantos grados como generaciones. Para aplicar ésta al parentesco colateral, hay que subir al tronco común, de modo que los hermanos son parientes colaterales en segundo grado; los tíos y sobrinos, en tercer grado; los primos entre sí son parientes en cuarto grado.

Además de este carácter agnaticio, encontramos, como segundo rango típico de la familia romana antigua, un vasto poder del padre sobre sus hijos y los demás miembros del hogar. La extensa patria potestad romana sólo termina con la muerte del padre... Así pues, no se extingue, como en el derecho moderno, cuando los hijos llegan a cierta edad" (37)

El centro de toda *domus romana* es el: "Paterfamilias quien es dueño de los bienes, señor de esclavos, patrón de los clientes y titular de los iura patronatus sobre los libertos. Tiene la patria potestad sobre los hijos y nietos, y muchas veces, como veremos, posee mediante la *manus* un vasto poder sobre la propia esposa y las nueras casadas *cum manu*. Es el juez dentro de la *domus* y el sacerdote de la religión del hogar. Como una especie de "monarca doméstico" puede imponer, inclusive la pena de muerte a sus súbditos, ejerciendo el terrible *ius vitae necisque*. Sin embargo, para medidas tan drásticas, el pater familias estaba bajo cierta vigilancia moral, por parte, primero, de la organización gentilicia, y luego, del censor.

Así, la antigua familia romana es como una pequeña monarquía, ya que Bonfante considera la Roma antigua como una confederación de gentes, y cada gens, como una confederación de *domus*, de monarquías domésticas.

Esta manera de ver la antigua familia facilita la comprensión de varios temas jurídicos. Por ejemplo, de la misma manera que la antigüedad no reconocía la doble ciudadanía, tampoco podía admitir una doble ciudadanía doméstica. En caso de matrimonio, debía establecer claramente si la esposa entraba en la monarquía doméstica del marido (*matrimonio cum manu*) o si continuaba siendo miembro de la *domus paterna*. Quizá la función original del testamento fuera la de per-

mitir al monarca doméstico la designación de sucesor.

Por lo tanto, era necesario ser padre para poder ser paterfamilias. El término "familia" significa, en el antiguo latín "patrimonio doméstico", significado que, más tarde, se hablará de familiae emptor. Así paterfamilias significa el que tiene "poder" (de la misma raíz que pater) sobre los bienes domésticos. Observamos, de paso que en el latín posterior, el término "familia" comienza a referirse a un sector determinado del patrimonio doméstico, o sea, los famili, es decir los esclavos en la práctica moderna, la palabra "familia" significa un grupo de personas unidas a la vez por intimidad y parentesco. Desgraciadamente, el término moderno peca de gran vaguedad. Unas veces, corresponde al concepto de domus; otras, más bien al de gens, en resumen, el antiguo paterfamilias, es la única persona que en la antigua Roma tiene una plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal, en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la domus dependen de él y participan de la vida jurídica de Roma a través de él" (38)

38.- Idem. Ob.Cit. pág. 196 y 197.

11.- EL MATRIMONIO EXPUESTO POR HISTORIADORES.

La familia, institución básica de la sociedad, influye tanto en el comportamiento sexual de los individuos, y en la elección de la futura pareja, como en el papel que se le ha asignado a la mujer en la sociedad contemporánea. Además, interviene en la evolución de muchas otras cuestiones de interés social.

Veamos entonces como consideran algunos autores al matrimonio en la historia,

A).- TÁCITO.

Su nombre completo es Publio Cornelio Tácito, nace hacia 55 y muere en el año 120, de nuestra era; destacado historiador romano, autor de las obras *Germania*, *Historia* y *anales*.

Para Tácito: el matrimonio en primer lugar lo santificaba diciendo que se contentan con una sola mujer, y las mujeres viven cercadas por su pudor. Como lo dijimos anteriormente la poligamia estaba en vigor para los grandes y los jefes de la tribu.

Es un hecho indiscutible que hasta la emigración de los pueblos, los germanos es tuvieron organizados en gens. "La palabra latina gens, que Morgan emplea para este grupo de consanguíneos. "procede, como la palabra griega del mismo significado, genos, de la raíz aria común gan (en alemán donde según la regla, la "g" - aria debe ser re-emplazada por "k" kan), que significa "engendrar". Las palabras gens en latín genos en griego, dschanas en sánscrito, kuni en gótico (según la regla anterior), kyn en antiguo escandinavo y anglosajón, kin en inglés, y kunne en el medio-alto-alemán, significa de igual modo linaje, descendencia. Pero gens en latín o genos en griego se emplean especialmente para designar ese grupo que se jacta de constituir una descendencia común (del padre común de la tribu, en el presente caso) y que está unido por ciertas instituciones sociales y religiosas, formando una comunidad particular, cuyo origen y cuya naturaleza han estado oscuros hasta ahora, a pesar de todo para nuestros historiadores" (39)

Como habíamos dicho en el desarrollo del presente trabajo "el ser humano es un ente sustancialmente social pues necesita a su lado de sus semejantes, no sólo para sus actividades creativas, sino inclusive para su supervivencia. Lo ante-

39.- F. Engels Origen de la Familia la Propiedad Privada y el Estado, Ob. Cit. pág. 33.

rior es una de las razones principales por las que el ser humano mantiene una larga relación primaria entre él y sus ascendientes y entre él y sus parientes. La relación de parentesco se establece entre un individuo y otro que comparten sus orígenes y por ello desarrollan un sentido de obligación hacia él" (40)

El grupo humano formado por aquellos individuos emparentados entre sí, ya sea por vínculos consanguíneos o de afinidad, constituye lo que se llama familia. El número de individuos que formen el grupo puede ser grande o pequeño, pero independientemente del tamaño de la familia es ésta la estructura en la que se inicia el proceso de socialización del individuo.

B).- HERODOTO.

Herodoto, "historiador griego (halicánaso, Asia Menor 484-426 A. de C., aproximadamente). Realizó numerosos viajes guiado por su afán de conocer otras tierras. Estuvo desterrado en Samos, visitó el Oriente hasta el Ponto y Escitia, Egipto, Persia y conoció toda Grecia, además de Libia y las colonias griegas del Sur de Italia. Residió en Atenas, donde entabló amistad con el círculo de Pericles, especialmente con Sofocles desde el año 446 hasta el 444 y regresó a dicha ciudad tras haber participado en la colonización de Turios. Escribió una Historia en Lengua Jónica, dividida por los Alejandrinos en nueve libros cada uno de los cuales lleva el nombre de una de las musas, en esta obra, después de una premisa mítica, relató las vicisitudes de Lidia desde Creso hasta Ciro, la formación del Reino de Persia y las Guerras de conquista llevadas a cabo por Cambises y Darío I en Egipto, Escitia y Libia, finalmente describe las guerras médicas, desde la batalla de Maratón y la expedición de Jerjes hasta las decisivas victorias obtenidas por los griegos en Salamina y Micaela, terminando con la ocupación de Sesto (que tuvo lugar en el invierno del 478 A. de C.) y la eliminación definitiva de la amenaza persa.

Considerado como el fundador de la Historia Occidental Herodoto es famoso, especialmente, por su afición a novelar, típica de los jonios lo cual hace de su obra histórica un poema épico en prosa y esta prosa sencilla a veces iluminada por un estilo brillante capaz de una sobriedad lapidaria, resulta un milagro al ser tan claro y dúctil.

Los griegos consideraron la obra de Herodoto recitada y aplaudida en Olimpia, - como la fuente de los acontecimientos más gloriosos de la Historia" (41)

Herodoto al referirse a la familia dice que en la: "Comunidad de mujeres en los pueblos salvajes y bárbaros posiblemente encontramos en el mismo grupo conyugal padre e hijo, madre e hija, pero - sí que se encuentren en él, padre e hija, madre e hijo por eso - cuándo Cesar nos dice de los bretones, que se hallaban por aquel entonces en el estadio medio de la barbarie, que cada diez o doce hombres tienen mujeres comunes, con la particularidad de que en - la mayoría de los casos son hermanos y hermanas y padres e hijos" (42)

Quando se refería al cuidado de la mujer hay un pasaje que dice que: "en las - ciudades asiáticas para vigilar a las mujeres habían eunucos, que desde los -- tiempos de Herodoto se fabricaban en Quios para comerciar con ellos y que sólo servían a los bárbaros" (43)

Herodoto viene a coincidir casi con algunos antiguos de lo que se dice acerca del matrimonio y que sin duda se identifican sus escritos con sus andanzas por todo Grecia.

Herodoto sólo nos describe y fija su atención en las diferentes usanzas de contraer matrimonio: "por ejemplo la subasta de novias de los babilonios, el derecho del rey de los adirmáquidas, el sencillo código amoroso de los maságetas y de los nasamones, la norma poco imaginativa de los indios y de los maclies, la peculiaridad de los tracios, despreocupados de sus doncellas y celosos de sus - esposas, la de los lidios, que prostituyen a sus hijas y la de los babilonios, que venden sacramentalmente a un extranjero la virginidad de las suyas; Herodoto registró sagazmente huellas de instituciones matriarcales; matrimonio de los indios, filiación por línea femenina de los licios, derechos y deberes de las - mujeres egipcias, que trafican en el mercado mientras los hombres dejan en casa, las mujeres aurigas de guerra entre los zavecos, con igual avidez echa un vista zo al interior del herén persa, al baño de vapor de los escitas, al tanú de las mujeres de Mileto, que ni comen con sus maridos ni pronuncian sus nombres en al ta voz" (44).

41.- Enciclopedia Monitor Salvat para Todos, Impreso en Madrid, España en 1970, Tomo 7, pág. 3228.

42.- F. Engels, Ob. Cit. pág. 38

43.- Idem. Ob. Cit. pág. 61

44.- Herodoto los Nueve Libros de la Historia, W.M. Jackson, Inc. Traducción y - estudio preliminar por María Rosa Lida de Malkiel, 6a. Edición, México, D. F. 1973. pág. XVII, XVIII, XXXV, XXXVI, LXX, LXXI, y sig.

Herodoto en su libro primero relata lo siguiente:

"Giges, me parece que no te convences cuando hablo de la belleza de mi mujer, porque los hombres dan menos crédito a los oídos que a los ojos. Así, - pues, has por verla desnuda". Al despojarse una mujer de su vestido, con él se despoja de su recato. Hace tiempo han hallado los hombres las normas cabales - que debemos aprender y entre ellas se encuentra ésta: mirar cada cual lo suyo. Yo estoy convencido de que ella es la más hermosa de todas las mujeres, y te pido que no me pidas cosa fuera de Ley. Con tales términos se resistía Giges, temeroso de que de ese caso le sobreviniera algún mal, pero Candaules le replicó así: ten buen ánimo, Giges y no me temas a mí pensando que te digo esas palabras para probarte, ni a mi mujer, pensando que pueda hacerte de ella daño alguno, porque por empezar yo lo dispondré todo de manera que ni aún advierta que - tu la has visto. Yo te llevaré a la alcoba en que dormimos y te colocaré detrás de la puerta. En seguida de entrar yo, vendrá a acostarse mi mujer. Junto a la entrada hay un sillón, y en éste pondrá una por una sus ropas, a medida que se las quita, y te dará lugar para que la mires muy despacio. Luego que - ella venga del sillón a la cama y quedes tú a su espalda, preocupate entonces - de que no te vea cruzar la puerta... pero ella le vio salir. Al advertir lo - ejecutado por su marido, ni dió voces, avergonzada, ni demostró haber advertido nada, con intención de vengarse de Candaules; porque entre los libios y entre - casi todos los bárbaros, es grande infamia, aún para el varón, dejarse ver desnudo... al día siguiente; le habló de esta manera: Giges, de los dos caminos - que hay te doy a escoger cual quieres seguir; o matas a Candaules y me posees - a mí y al reino de los libios, o tienes que morir al momento, para que en adelante no obedezcas en todo a Candaules, ni mires lo que no debes. Así pues, - o ha de perecer quien tal ordenó o tú, que me miraste desnuda y obraste contra las normas. Eligió quedar con vida y la interrogó en estos términos: "Puesto - que me obligas a matar a mi señor contra mi voluntad también quiero escuchar de que modo le acometeremos. Ella respondió: El ataque partirá del mismo lugar - en que aquel me mostró desnuda; y le acometerás mientras duerma... ella le dió una daga y lo ocultó detrás de la misma puerta. Luego, cuando Candaules reposaba, salió de allí Giges le mató y se apoderó de su mujer y del reino juntamente" (45)

Este pasage es una narración de la costumbre que se observaba en ese tiempo en cuanto se refería a una pareja de casados y por lo tanto nos damos cuenta de - que ya en ese tiempo se protegía a la mujer y que sin duda tanto este tipo de acciones como el rapto de las mujeres dió origen a nuevas familias así mismo a algunas guerras que en ese tiempo tuvieron tanto auge, por defender a sus muje res.

C).- OTROS AUTORES.

El finado maestro Leandro Azuara, plasmó su pensamiento de la manera siguiente:

"Una de las diferencias fundamentales que existen entre la familia primitiva y la actual consiste en que en la primera se absorben una serie de funciones tales como las políticas, las económicas, las religiones. En las sociedades primitivas a diferencia de las modernas la vida de cada individuo se encuentra - vinculada de manera casi total a la de la familia. En una sociedad primitiva la familia es la unidad social más importante a la que pertenece el hombre. El propio poder político se encuentra vinculado a las instituciones familiares. Entre los ashanti de Africa Occidental la forma en que el dirigente conservaba la obediencia de muchos de sus súbditos consistía precisamente en contraer matrimonio con una mujer perteneciente a cada uno de los diversos clanes y en esta forma se vinculaba con ellos por lazos de parentesco que condicionaban la lealtad política. En resumen, la familia primitiva absorbía una serie de funciones que en la actualidad son desempeñadas por otras instituciones ajenas a la familia. Con la transformación de la sociedad indudablemente que se ha producido también una transformación de la estructura y de las funciones de la familia.

Finalmente la familia en la actual sociedad industrial urbana ha sufrido los efectos de la expansión del industrialismo" (46)

Pero volviendo los pasos a la forma de vida que se llevaba en el pasado veremos la opinión de algunos autores dentro del desarrollo familiar o matrimonial.

"La familia es una institución basada en el matrimonio, que vincula a - conyuges y descendientes, bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto, con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la vida.

Porque el matrimonio es lo que aporta a la unión estabilidad y seguridad, y hace más propicio el ambiente a los efectos y respetos recíprocos.

Si esa agrupación, por añadidura, está vinculada o es realizada por la sangre, - fácil es pretender y conseguir que las relaciones estén presididas por el afecto

46.- Leandro Azuara Pérez, Ob. Cit. pág. 229 y 230.

y el respeto recíproco" (Fernando Fueyo Lanerf, Derecho Civil, T. VI, Derecho de Familia, V.l. págs. 17 y 18, Santiago de Chile. 1959) (47)

Para el Lic. Rojina Villegas considera lo anterior como "el derecho de familia que tiene por objeto la organización de la solidaridad doméstica. En general, el problema sociológico del derecho consiste en determinar los diferentes sistemas que regulan las diversas manifestaciones de la solidaridad humana. Es así como podemos distinguir un derecho familiar que regula la solidaridad doméstica; un derecho político o público que organiza la solidaridad estatal; un derecho patrimonial que tiene por objeto reglamentar las relaciones de carácter económico entre los hombres y, finalmente, un derecho internacional cuyo fin consiste en lograr una solidaridad entre los diferentes Estados que integran la gran comunidad humana" (48)

"La familia es el núcleo social primordial, y el más natural y antiguo de todos.

Es una verdadera célula de la sociedad, base y piedra angular del ordenamiento social.

No sólo porque constituye el grupo natural e irreductible que tiene por especial misión asegurar la reproducción e integración de la humanidad por generaciones y siglos sino porque en su seno se forman y desarrollan los más elevados sentimientos, tales como el de solidaridad, el de superación; allí se forjan tendencias altruistas y otras muchas fuerzas que se requieren para la mantención saludable y próspera de la comunidad política.

La familia no sólo es factor importantísimo de la vida social, sino aún en la vida política. Porque quien se ha sometido a la disciplina del hogar está en mucho mejores condiciones para someterse a la autoridad del Estado.

La acción del matrimonio y de la familia sobre la estabilidad y superación del Estado, serán, sin embargo, muchos mayores, cuanto más estable sea a su vez la familia misma.

47.- Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S. A. 5a. Edición México, D.F. 1980, pág. 24 y 25.
48.- Idem. Ob. Cit. pág. 25.

Por esta misma importancia trascendental de la familia, respecto del individuo - y del propio Estado, es que éste ha dedicado mucha de sus actividades legislativas al mantenimiento estable de la familia, creando incluso un régimen de protección a ella. La familia es, francamente, uno de los problemas del Estado" (Fernando Fueyo Lanerf, Derecho de Familia Santiago de Chile, 1959. V. I., páginas - 20 y 21) (49)

"Es la familia el más natural y el más antiguo de los núcleos sociales. En las organizaciones antiguas (patriarcado), la familia era la sociedad total y única organizada la esfera social en que el hombre realizaba el derecho. En períodos más avanzados, al formarse una sociedad política compuesta de familias, pierden éstas su carácter de sociedad política, pero no dejan de ser un elemento constitutivo de la ciudad o de la tribu, es decir, un elemento orgánico del Estado. Todavía hay vestigios de este régimen en la familia romana, en la sociedad feudal, etc. En una tercera fase ampliada y robustecida la sociedad pública, pierde su importancia política la familia y viene a tener únicamente la consideración de agrupación privada.

Por esto los antiguos, con frase muy conocida, llamaron al matrimonio principium urbi et quasi seminarium reipublicae (Cicerón), y algún jurisconsulto moderno califica a la familia de "lazo elemental el más sólido de la sociedad, laboratorio fecundo de existencias humanas y campo inmediato donde se desarrollan los gérmenes de los vicios y de las virtudes, escuela de moralidad y de costumbres" (José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral, Madrid, 1941, T. III, - pág. 436) (50)

Como lo hemos venido repitiendo continuamente la familia "en los tiempos primitivos, la comunidad de existencia ligaba materialmente entre sí, a todos los que - estaban unidos por el lazo de parentesco, la familia, al crecer tendía a formar una tribu. Desde entonces siempre a estado dividiéndose. La vida común se restringió primeramente a los que descendían de un mismo autor aún vivo; el ancestro común los reunía bajo su potestad; a su muerte, la familia se dividía en varias ramas, cuyos respectivos jefes eran los propios hijos del difunto. Tal era el sistema de la familia romana, fundado en la patria potestad, que duraba tanto como la vida del padre.

49.- Idem. Ob. Cit. pág. 26.

50.- Idem. Ob. Cit. pág. 27.

Más tarde, la división se hizo en vida misma del ancestro común. En nuestros días, pierde su autoridad sobre los descendientes cuando llegan a ser mayores y lo abandonan para formar, a su vez, una nueva familia. Se llega así al grupo reducido que compone la familia moderna, en el segundo sentido de la palabra, no comprendiendo ya sino al padre, la madre y aquellos de sus hijos o nietos que habitan aún con ellos. Se considera que forman una familia los que se han separado, para vivir aparte con su mujer e hijos. Fuera de este pequeño, ya no subsiste el lazo antiguo de la familia. Su efecto principal es el derecho de sucesión" (Marcel Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Introducción, Familia y Matrimonio, Puebla 1946, pág. 304 a 305) (51).

"Familia, en sentido estricto, es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico), que constituye un todo unitario.

En sentido amplio, puede incluirse, en el término "familia", personas difuntas (antepasados, aún remotos), o por nacer: familia como estirpe, descendencia, con continuidad de sangre; o bien todavía en otro sentido, las personas que contraen entre sí un vínculo legal que imita el vínculo del parentesco de sangre (adopción); familia civil" (Francésco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, traducción de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1954, T, III pág. 29) (52).

Tenemos por otro lado la influencia cristiana en la familia y su derecho, "honda transformación llevó el cristianismo a la familia y a su derecho, infundiendo en ellos un alto sentido étnico. Elevó el matrimonio a la dignidad de sacramento, proclamó el principio de igualdad de los esposos y el de indisolubilidad del vínculo y contribuyó a mitigar la antigua rudeza de la patria potestad.

De hecho la familia y en especial el matrimonio han sido regidos durante muchos siglos por el derecho canónico, sobre la base de que el matrimonio entre cristianos es un sacramento y, en consecuencia, debe estar sujeto totalmente a la legislación y a la jurisdicción eclesiástica, salvo en las relaciones patrimoniales entre conyuges. Y aún después de haber tenido lugar en muchos pueblos modernos la reconquista del Derecho Matrimonial y de la jurisdicción en las causas, matri

51.- Idem, Ob. Cit. pág. 28

52.- Idem, Ob. Cit. pág. 29

moniales por el poder del Estado, todavía subsiste, con mayores o menores modificaciones, la concepción matrimonial cristiana" (José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral, Madrid, 1941, T. III, pág. 448) (53)

El maestro Antonio Ibarrola dice de la familia lo siguientes:

"La Familia, institución creada por el amor y protegida por el matrimonio, mismo que queda regulado por la sociedad y el derecho, a través del matrimonio civil, y por la religión, por medio de la unión eclesiástica.

La familia es el pilar de la sociedad. Del amor que existe en ella, dependerá el bienestar de una nación, porque si queremos buenos gobernantes, hemos de procurar buenas familias. La regulación que de el derecho a la familia, se reflejará en el esplendor de una buena sociedad, pero no sólo hay que conformarse con las normas que se nos dán: hemos de alcanzar una madurez, y poder de criterios suficiente para analizar nuestras propias situaciones, tanto físicas como económicas. Hay que mantener a la familia dentro del fuego de un constante amor, misma que nos ayudará a una mejor comprensión con nuestros semejantes.

Al unirse un hombre y una mujer deben hacerlo pensando en la gran responsabilidad que adquieren. Porque no sólo son él, o ella, sino que son, él y ella, seres que emprenderan una nueva vida, llena de ilusiones y de amor. Esto debe ayudarles para que, al formar su familia, piensen que no solamente son ellos la parte fuerte de la misma, ni que todo queda dentro del hogar. No, deben pensar en el futuro de las naciones, en que si ellos llevan una vida recta y llena de amor, sus descendientes crecerán en ese ejemplo, y cuando sean adultos podrán aportar grandes beneficios a la Patria, misma que está tan necesitada de amor, desafortunadamente, en la actualidad nos hemos materializado a tal grado que el amor hacia los demás lo hemos descuidado. Es por ello por lo que no hay comprensión entre los seres humanos: porque todos egoístamente pensamos en el yo, y alejamos de nuestra mente todo lo que nos rodea, y sobre todo a aquellas personas que no tienen los medios suficientes para llevar una vida más o menos aceptable. Es por ello que aquellos que tenemos la oportunidad de adentrarnos en el saber y la cultura, debemos meditar que no sólo se trata de formar una familia, sino que hay que estructurar una familia espléndida, recta y moral, para bien propio y de la sociedad. Porque el

amor de los padres se debe reflejar en los hijos que han nacido en un hogar lleno de cariño al convertirse en adultos y formar sus propios hogares, enseñarán a sus descendientes lo que de sus padres aprendieron. Si meditamos esta situación, y la ponemos en práctica, México será, un país próspero. Y no sólo nuestro país, sino el mundo entero, entrarán en una bella etapa de paz y comprensión porque, aunque parezca mentira, si formamos buenas familias, vamos a formar buenas naciones.

Por lo tanto, "la familia lleva en sí misma algo religioso. Fundandose la familia con la intervención directa del mismo Dios, que quiso plasmar con sus manos omnipotentes la primera pareja humana, bendecir el primer himeneo y darle con su bendición la maravillosa fuerza de multiplicarse la vida humana en el mundo. Je sus Cristo, al restaurar todo orden humano, quiso que la familia cristiana se fundara sobre un sacramento, el matrimonio, símbolo de la divina unión del hijo de Dios con su Iglesia... En nuestros cotidianos sueños, es más que evidente que el infinito poder de Dios se exteriorizó desde hace cientos de miles de millones de años poblando el universo de seres inteligentes y amorosos y no sólo dentro de mundos que aparentan ser infinitamente grandes, sino también dentro de átomos y mundos infinitamente pequeños. En todos ellos hay seguramente seres a quienes algún día conoceremos, que aman y bendicen a Dios" (54)

CAPITULO TERCERO

CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO, EN EL DERECHO FAMILIAR:

I.- DOCUMENTOS INTERNACIONALES QUE SANCIONAN EL MATRIMONIO

- A).- DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS
- B).- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES
- C).- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

II.- EL DERECHO FAMILIAR EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

- A).- CONSTITUCION MEXICANA
- B).- CONSTITUCION DE COSTA RICA (DE 1962)
- C).- LA CONSTITUCION DE BOLIVIA
- D).- LA CONSTITUCION DE GUATEMALA
- E).- CONSTITUCION SOCIALISTA DE LA REPUBLICA POPULAR DEMOCRATICA DE COREA
- F).- CONSTITUCION (LEY FUNDAMENTAL) DE LA UNION DE REPUBLICAS SOCIALISTAS SOVIETICAS (U R S S)
- G).- LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA DE ALEMANIA

III.- LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO

1.- DOCUMENTOS INTERNACIONALES QUE SANCIONAN EL MATRIMONIO.

A).- DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

La Carta Internacional de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, expedida por las Naciones Unidas en el año de 1948 en la ciudad de Nueva York, consideró un primer paso en la formulación de una carta internacional de derechos humanos que tendrían fuerza jurídica y moral y contuvo lo siguiente:

Artículo 16.-

1.- Los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o 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.

2.- Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrán contraer el matrimonio.

3.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado.
(55)

En su momento oportuno se dira cual es la edad nubil para contraer matrimonio.

B).- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y conforme a los principios enunciados por la Carta de las Naciones Unidas, consistente en la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tiene por base el reconocimiento de la dignidad humana inherente a todos los miembros de la familia y de sus derechos iguales e inalienables los protege de la siguiente forma:

"Artículo 3.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres, igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente pacto" (56)

55.- La Carta Internacional de Derechos Humanos, ONU, 1978.

56.- La Carta Internacional de Derechos Humanos, ONU, 1978.

Conciente de que la familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad y cumple su misión en una comunidad organizada, es también la Institución primordial de origen natural, caracterizada por ser unidad, amor y vida, que forman los integrantes de las relaciones sociales, la familia debe ser el lugar para la transmisión del Patrimonio Cultural del pasado y su renovación con miras a alcanzar los ideales de igualdad, libertad, paz y justicia internacionales.

La Carta Internacional de Derechos Humanos, señala la importancia de la familia y el matrimonio como base de la sociedad, la cual debe ser protegida con las consecuencias jurídicas que le son inherentes; como son la edad de los hijos, además garantiza la libertad de contraer dicho matrimonio.

Asimismo, hace especial mención del cuidado de la maternidad que es la etapa más delicada para proteger al fruto materno; en consecuencia protege, a quienes trabajan sin descuidar el derecho a la seguridad social.

Los niños y adolescentes son objeto de protección sin importar que sean hijos de padres casados o en unión libre como podría ser el caso del concubinato con todas sus consecuencias jurídicas.

Finalmente el aspecto moral también es objeto de protección con obligación para los estados, proteger el empleo o salario al trabajo infantil, Las afirmaciones precedentes pueden constatarse.

"Artículo 10.- Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que:

1.- Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros conyuges.

2.- Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajan se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3.- Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discrimina--

ción alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales pelagra su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la Ley. Los Estados deben establecer también por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil" (57)

En realidad la Declaración Universal de Derechos Humanos no ha podido llevar a cabo tan nobles principios, pues la realización del ideal humano con miras al disfrute de las libertades civiles y políticas, se han visto en los últimos años perturbadas tanto por la escasez económica como por las diferentes manifestaciones de algunos estados en violar continuamente los sagrados derechos humanos consagrados en la Carta que si se llegaran a realizar tal como los proclama se crearían condiciones que permitieran a cada persona gozar de sus derechos civiles, políticos, económicos y sociales.

C).- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala la importancia que tiene la familia y reconoce el derecho del hombre y la mujer para contraer matrimonio, que es sin duda la base de la sociedad y la misma carta protege con todas las consecuencias jurídicas que en torno a estas instituciones se suscitan. El fundamento de nuestra afirmación, es el dispositivo que vertimos:

"Artículo 23.-

1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2.- Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3.- El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4.- Los Estados Partes en el presente Pacto, tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos" (58)

57.- Idem. Ob. Cit.

58.- La Carta Internacional de Derechos Humanos, 1948

Este Artículo en cuanto se refiere a la edad y al consentimiento nos referimos más adelante.

Asimismo, en dicho instrumento se protejen los derechos y el Estado debe hacer lo durante y después del matrimonio cuando por causas ajenas exista disolución del mismo; no debe importar raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento y por lo tanto reconocido e inscrito en el libro de nacimiento respectivo, teniendo por ese hecho una nacionalidad y gozará de todas las prerrogativas que el Estado impone y en ningún momento será discriminado por las razones expuestas anteriormente.

El numeral siguiente corrobora lo mencionado en párrafos anteriores:

"Artículo 24.- 1.- Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2.- Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3.- Todo niño tiene Derecho a adquirir una nacionalidad" (59)

II.- EL DERECHO FAMILIAR EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.

Como lo hemos afirmado la familia es la base de la sociedad y factor principal de formación del individuo, y se acrecenta por el matrimonio, que es el tema central del trabajo que presentamos relacionado con la edad y capacidad para contraerlo.

Ahora bien, veamos como se ha visto el matrimonio en las siguientes legislaciones:

A).- CONSTITUCION MEXICANA.

El Artículo 4o. de la Constitución Mexicana establece la igualdad y protección de la familia y señala la libertad para tener el número de hijos que se deseen.

Este Artículo fue creado en diciembre de 1974, por haber sido necesario ya que no se había legislado con referencia a la igualdad del hombre y la mujer pues sólo la constitución en su Artículo 130 párrafo tercero establece lo siguiente:

"El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil en los términos prevenidos por las Leyes, y tendrán fuerza y validez que las mismas les atribuyan" (60)

Las reformas al artículo 4o. se debieron a que en 1975 México era sede de algunas conferencias en donde se declaraba la discriminación de la mujer y a la vez ese año como el año de la mujer y por lo tanto se dijo lo siguiente:

"1o.- Consagra la igualdad jurídica de la mujer y el varón. Es verdad que antes de la reforma las Leyes se aplicaban por igual a una y otra, pero existían algunas excepciones, sobre todo en materia civil y laboral, producto de la tradición que estimaba a la mujer un ser más débil, más impreparado y por lo tanto, requerido de mayor protección, motivos por los cuales, en ciertos casos, la ley le prohibía llevar a cabo determinados actos por sí misma, libremente. Estas excepciones y este considerar a la mujer incapaz para efectuar determinadas

60.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Colección Porrúa, Sexagesimosexta edición, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1980. Pag.- 106.

tareas o llevar a cabo algunos actos de especial importancia por los alcances que pudieran tener, fueron decreciendo con los años. Pero todavía existían en nuestro derecho al comenzar la década de los sesentas, por lo cual, en parte porque la mujer en México hacía ya algunos decenios había comenzado a trabajar fuera de su hogar y se preparaba, cada vez en número más elevado en el sistema educativo del país, y en parte también porque esa aspiración femenina de igualdad en todos los quehaceres humanos fué una corriente que se manifestó a nivel internacional y culminó en acciones dirigidas por la Organización de las Naciones Unidas - como fueron la Declaración contra la discriminación de la mujer, el declarar a 1975 "Año de la Mujer" y celebrar en él la conferencia internacional especializada sobre su situación en el mundo, cuyo país sede fue el de México-, se explica la contundente afirmación de igualdad ante la ley con la que se inicia el artículo 4o. Su antecedente constitucional más importante fue el haber otorgado la ciudadanía a la mujer, hecho que aconteció en 1953 al reformarse el artículo 34 constitucional. En el nuevo texto del artículo cuarto se fundaron una serie de importantes enmiendas que sufrió la Constitución y la legislación secundaria, sobre todo en materia civil y laboral.

La mujer adquirió legalmente la igualdad de derechos y de obligaciones frente al varón, y así, la posibilidad de contribuir a la par que él, al progreso económico, cultural y social de México. Para lograr ese esfuerzo de la mitad de nuestra población es preciso, ante todo, que las mujeres se preparen en los centros de enseñanza y que cada día en mayor proporción ejerzan sus derechos y cumplan las responsabilidades que les corresponden, tanto en razón de su sexo, como por su calidad de seres humanos.

2o.- Uno de los problemas más agudos del México contemporáneo -que comparte con otros muchos pueblos de la tierra- es el alto crecimiento demográfico que surgió desde mediados de este siglo, ocasionado por el elevado número de nacimientos y el decrecimiento de las defunciones, debido esto último a los progresos médicos, a la acción de los programas médicos y a la acción de los programas de seguridad social. En 1975 el índice de crecimiento era 3.5% anual, aproximadamente, y aunque hoy los estudios de la materia afirma que ha decrecido a un 2.7% la política de población propicia bajar esa tasa, hasta lograr un incremento armónico con nuestras posibilidades para atender al bienestar de la población.

La Constitución proporciona al hombre y a la mujer la libertad de tener hijos, en el número que ellos decidan, pero les impone la obligación de procrear con sentido de responsabilidad. Los hijos requieren educación, cuidados de toda índole, cariño, compañía; los padres están obligados a proporcionar--

les esas atenciones, a fin de formar hombres y mujeres sanos, fuertes, equilibrados y felices. La tarea no es fácil. De aquí que la ley llame la atención sobre la responsabilidad - que la pareja tiene cuando decida -y ese es el ámbito de su libertad- dar vida a un nuevo ser humano. La paternidad no debiera ser nunca un acto producto del azar, sino resultado de un deseo cuyas consecuencias estén -el hombre y la mujer - por igual- dispuestos a enfrentar con entusiasmo, conscientes de la importancia que alcanza, para ellos y para el país, su actitud como padres. Por eso se elevó a precepto constitucional, en 1980, la obligación que los padres tienen de satisfacer las necesidades de los hijos y preservar su salud, física y psíquica.

A cargo del estado fundamentalmente está proporcionar a hombres y mujeres los servicios informativos adecuados sobre cómo planear a la familia de acuerdo con sus propias ideas. La tarea ha sido encomendada a diversas instituciones -ya que se trata de un problema cultural complejo- entre las que se pueden mencionar el Sistema de Desarrollo Integral de la Familia, el Instituto Mexicano del Seguro Social, la Secretaría de Salubridad y Asistencia, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la Secretaría de Educación Pública y un órgano consultivo específico el Consejo Nacional de Población, dependiente de la Secretaría de Gobernación. Pero el estado no interviene en las decisiones que hombres y mujeres adopten sobre la paternidad.

3o.- La Familia es la base de la sociedad. Es la organización primaria fundada sobre vínculos de parentesco, donde por eso, la solidaridad suele manifestarse en mayor grado. En su seno nacen, crecen y se educan las nuevas generaciones. La formación que en la familia reciben los hijos es insustituible. De aquí que el estado, a través de sus instituciones y de su orden jurídico, tutela a la familia y le proporciona medios para cumplir sus altas finalidades. Corresponde al padre y a la madre por igual, de acuerdo con la ley, la responsabilidad de educar y formar a los hijos hasta hacer de ellos ciudadanos libres y dignos" (61)

México tutela y garantiza la convivencia y armonía de la familia y a la fecha se sigue buscando en sus políticas la igualdad humana en el mundo.

B).- CONSTITUCION DE COSTA RICA. (DE 1962)

Esta Constitución legisla en su título quinto los Derechos y Garantías Sociales en un capítulo único.

61.- Emilio O. Rabasa y Gloria Caballero, Mexicanos: Esta es tu Constitución, Cámara de Diputados, LI Legislatura, México 1982.

En su artículo 50 tutela y protege el bienestar de todos los habitantes del país, organiza y estimula la producción y el más adecuado reparto de la riqueza sin duda alguna protege todos los derechos del hombre como es la libertad y la igualdad.

El artículo 51 establece lo siguiente:

"La familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido" (62)

El artículo anterior no solo protege a la familia sino que también a la madre, el niño, el anciano y el enfermo sin recursos lo que no hacen las demás constituciones que se estudian.

Esta legislación también protege y define al matrimonio de la siguiente manera:

Artículo 52.- "El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los conyuges" (63)

Como se puede observar en ese país se considera al matrimonio como base fundamental de la familia y ésta como elemento natural y fundamento de la sociedad en las legislaciones que seguiremos analizando.

El artículo 53 reconoce que los padres tienen las mismas obligaciones con sus hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

Como puede observarse también se legisla con los hijos fuera del matrimonio y la misma legislación sostiene que "toda persona tiene derecho a saber quienes son sus padres, conforme a la Ley" (64), y el artículo 54 prohíbe terminantemente toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación. Mientras que el 55 da la protección especial de la madre y del menor.

C).- LA CONSTITUCION DE BOLIVIA.

Analizaremos ahora la constitución política de 1947 de Bolivia, y también como las anteriores da protección de rango constitucional tanto al matrimonio así -

62.- Hernan G. Peralta, Las Constituciones de Costa Rica, Instituto de Estudios Políticos, Costa Rica 1962, pág. 609

63.- Idem. Ob. Cit. pág. 609.

64.- Idem. Ob. Cit. pág. 609.

como a la familia y la maternidad y esta protección estará a cargo del Estado, dando también igualdad jurídica a los conyuges cuando se hubieren unido en concubinato señalando un término de dos años para poder perfeccionar ese hecho si es que no hay algún impedimento para realizarlo, entonces el registro civil - procedera a la perfección de la unión concubinarla.

Lo anterior se constata con la transcripción textual del artículo 133 de la Constitución de Bolivia que es localizada en la sección décimo quinta de la misma y a la letra dice:

"El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado. Se establece la igualdad jurídica de los conyuges.

Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con sólo el transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer enlace. La ley del Registro Civil perfeccionará estas uniones de hecho" (65)

El artículo 134 del mismo ordenamiento protege y reconoce derechos y deberes - para los hijos iguales los nacidos fuera y dentro del matrimonio, permite la investigación paternal; por su importancia en seguida se lee:

"No se reconoce desigualdades entre los hijos, todos tienen los mismos derechos y deberes. Es permitida la investigación de la paternidad conforme a ley" (66)

En el mismo capítulo relativo a la familia, protege el patrimonio familiar, el subsidio de familia con relación a los hijos. Compruebase con el artículo siguiente de la misma carta fundamental boliviana.

"Artículo 135.- Las leyes determinaran el patrimonio familiar - inembargable e inagenable, como también el subsidio de familia con relación al número de hijos" (67)

La Constitución de Bolivia tutela la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia y quien da esta protección es precisamente el propio estado, así también los derechos del niño al hogar, la educación y la amplia asisten--

65.- Ciro Felix Trigo, Las Constituciones de Bolivia, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958, pág. 519.

66.- Idem. Ob. Cit. pág. 519.

67.- Idem. Ob. Cit. pág. 519.

cia cuando es abandonado, enfermo o en desgracia. Compruebese este punto de vista con el siguiente precepto:

"Artículo 136.- Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende los derechos del niño al hogar, la educación y la amplia asistencia cuando se halla en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados" (68)

La constitución base de este apartado, es de contenido noble y justo, pero, de consecuencias conflictuales a nivel Internacional; la misma directriz se guía el Código Civil del Estado de Tamaulipas, el cual sancionaba en su Artículo 70 que transcribimos:

"Para los efectos de la Ley, se considerará matrimonio, la unión, convivencia y trato sexual continuo de un solo hombre y una sola mujer" (69)

Este criterio a sido superado, por lo que se derogó el precepto, y fue materia de una tesis doctoral formulada por el Catedrático de nuestra Facultad de Derecho Dr. Raúl Ortíz Urquidí, con el título de "Matrimonio por comportamiento".

D).- LA CONSTITUCION DE GUATEMALA.

Como se ha dejado establecido en el desarrollo del presente trabajo en la sociedad actual la familia juega un papel muy importante por ser la base fundamental de la misma y que sin duda se ha fundamentado en una pareja primaria o por la evolución de las especies que por la ambigüedad del origen del hombre a la fecha no se tiene una respuesta certera que dilucide el problema que no solo a sido de la antigüedad sino de pleno siglo XX el saber donde principia la humanidad.

68.- Idem. Ob. Cit. pág. 519.

69.- Código Civil para el Estado de Tamaulipas de lo. de Noviembre de 1940. (Puebla, México: Editorial Cajica S/f.e.) pág. 18.

En el capítulo III de la Constitución Guatemalteca específicamente en el Artículo 87 define a la familia de la siguiente manera:

"La familia es el elemento fundamental de la sociedad.

El Estado emitirá las leyes y disposiciones necesarias para su protección y velará por el cumplimiento de las obligaciones - que de ella se derivan" (70)

La Constitución Guatemalteca es precisa al señalar la organización de la familia en base a la institución del matrimonio y que a lo largo de este trabajo - hemos venido haciendo hincapié por ser de importancia en el desarrollo del presente tema y lo hace de la siguiente forma:

"Artículo 88.- El estado promoverá la organización de la familia sobre la base jurídica del matrimonio, el cual descansa en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos conyuges, el Artículo 80 determina lo relativo a las uniones - de hecho apoyado en la ley como las otras Constituciones, el Artículo 90 dice: no se reconocen desigualdades entre los hijos, todos tienen idénticos derechos.

Las discriminaciones sobre la naturaleza de la filiación quedan abolidas. La ley establecerá los medios para investigar la paternidad y proteger la maternidad.

La misma constitución protege la salud física, mental y moral de la infancia y dictará las leyes y creará las instituciones necesarias para asegurar su protección (Artículo 92). Se declaran de utilidad pública y gozarán del apoyo - del Estado los centros de asistencia social, creados y costeados por iniciativa privada.

Las leyes de protección a la infancia son de orden público y los establecimientos destinados a tal fin tienen el carácter de centros de asistencia social.

La ley determinará el patrimonio familiar inembargable e inalienable y establecerá un régimen privilegiado en materia de imposición, para las familias numerosas. (Artículo 93).

Es punible la negativa a pagar alimentos a hijos menores o incapaces, padres - desvalidos, conyuges o hermanos incapaces, cuando el obligado está en posibili

70.- Luis Mariñas Otero, Las Constituciones de Guatemala, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958. Pág. 766.

dades de proveerlos o cuando traspase sus bienes a tercera persona o emplee - cualquiera otra forma de eludir el cumplimiento de la obligación. Artículo 94 de la Constitución Guatemalteca. (71)

Analizaremos ahora las constituciones clasificadas como socialistas y veamos - como protegen los derechos jurídico, político y sociales de sus ciudadanos, pero principalmente la familia.

E).- CONSTITUCION SOCIALISTA DE LA REPUBLICA POPULAR DEMOCRATICA DE COREA.

Para la constitución socialista de la República Popular Democrática de Corea - en su artículo 63 encierra la protección al matrimonio y la familia y también para esta constitución la familia es la célula de la sociedad principalmente.

Así se desprende de dicho ordenamiento fundamental y dicho artículo señala que "El matrimonio y la familia son protegidos por el Estado.

El Estado dispensa profundas solicitudes a la consolidación de la familia, célula de la sociedad" (72)

El artículo 62 señala la igualdad del hombre y la mujer ante la sociedad y lo hace de la siguiente manera:

"La mujer tiene la misma posición social y el mismo derecho que el hombre.

El Estado protege especialmente a las madres y niños mediante - la licencia pagada antes y después del alumbramiento, la reducción de la jornada laboral para las madres con varios niños, la ampliación de la red de casas de maternidad, círculos y jardines infantiles y otras medidas.

El Estado emancipa a las mujeres de la pesada carga de las faenas domésticas y les garantiza todas las condiciones para poder salir a la sociedad" (73)

F).- CONSTITUCION (LEY FUNDAMENTAL) DE LA UNION DE REPUBLICAS SOCIALISTAS SOVIETICAS (URSS).

La Gran Revolución Socialista de octubre, consumada por los obreros y campesinos de Rusia bajo la Dirección del Partido Comunista que encabezaba V.I. Lenin,

71.- Ob. Cit. pág. 767.

72.- Constitución Socialista de la República Popular Democrática de Corea, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Corea, 1972.

73.- Idem. Ob. Cit.

derribó el poder de los capitalistas y terratenientes, rompió las cadenas de - la opresión, estableció la dictadura del proletariado y creó el Estado Soviético, Estado de nuevo tipo, instrumento fundamental para la defensa de las conquistas revolucionarias y para la construcción del socialismo y el comunismo. Inicióse el viraje histórico universal de la humanidad del capitalismo al socialismo.

En la URSS se ha formado la unidad social, política e ideológica de la sociedad soviética, de la que es fuerza rectora la clase obrera, en la que el socialismo se desarrolla sobre su propia base, se revelan cada vez más plenamente - las energías creadoras del nuevo régimen y las ventajas del modo de vida socialista, y los trabajadores gozan cada día más ampliamente de los frutos de las grandes conquistas revolucionarias.

Señala la Constitución Soviética en su artículo 35 la igualdad que tienen el - hombre y la mujer, como se puede observar en la transcripción del artículo.

"La mujer y el hombre tienen en la URSS iguales derechos" (74)

El artículo 53 señala lo siguiente:

"La familia se encuentra bajo el amparo del Estado"

"El matrimonio descansa en el acuerdo voluntario de la mujer y el hombre; en las relaciones familiares existe absoluta - igualdad de derechos entre los cónyuges.

El Estado vela por la familia mediante la creación de desarrollo de una amplia red de Instituciones de puericultura, - la organización y el perfeccionamiento de los diversos servicios y de la alimentación pública, abonando una subvención - por el nacimiento de cada niño, concediendo subsidios y ventajas a las familias de prole numerosas y también otros tipos de subvenciones y asistencia a la familia" (75)

G).- LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA DE ALEMANIA.

El artículo 38 tutela al matrimonio y la maternidad esta última bajo la protección del Estado, gozan de todo respeto, protección y ayuda, garantiza también la igualdad de derechos entre la mujer y el hombre, le dá una protección espe-

74.- Constitución "Ley Fundamental" de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Editorial Progreso. Moscú 1980.

75.- Idem. Ob. Cit.

cial a la madre y al niño, garantiza la educación de los hijos para que lleguen a ser personas sanas y alegres, dandoles una enseñanza de formación social y estatal.

Al efecto establece el Artículo 38 de dicha constitución lo siguiente:

"1.- El matrimonio y la maternidad está bajo la protección especial del Estado.

En la República Democrática Alemana el matrimonio y la familia gozan de todo respeto, protección y ayuda.

2.- Este principio está garantizado por la igualdad de derechos del hombre y la mujer en el matrimonio y en la familia, por la ayuda social y del Estado a los Ciudadanos en la estabilidad Socialista contribuye con medidas especiales al cuidado y ayuda de las familias numerosas y de las madres y padres solos.

3.- La madre y el niño gozan de la protección especial del Estado Socialista. Se conceden vacaciones de maternidad, asistencia médica especial, ayuda material financiera antes y después del parto, y subsidio para los hijos.

4.- Es derecho y el deber más noble de los padres, dar a sus hijos la educación necesaria para que lleguen a ser personas sanas y alegres, laboriosas con una amplia cultura general, Ciudadanos conscientes. Los padres tienen derecho a colaborar estrecha y confiadamente con las Instituciones de enseñanza y formación social y estatal" (76)

76.- Constitución de la República Democrática Alemana, elaborada el 6 de abril de 1968, en plebiscito y promulgada el 8 de abril del mismo año, por el Presidente del Consejo de Estado de la República Democrática Alemana. Revisada el 7 de octubre de 1974.

III.- LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO.

Se entiende por capacidad, la aptitud jurídica para ser sujetos de derechos y obligaciones, o facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en Derecho.

La incapacidad y la capacidad pueden ser de goce o de ejercicio. La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de Derechos y obligaciones. La incapacidad de goce es la falta de aptitud para ser titular de derechos o para contraer obligaciones. Toda persona por el hecho de serlo tiene siempre capacidad de goce. Puede haber una capacidad parcial o total. Pero por el hecho de ser persona el sujeto, tendrá capacidad total o por lo menos capacidad parcial. En realidad el ser humano, como las personas colectivas llamadas personas morales, tienen siempre una capacidad de goce, pero ésta puede venir, de tal manera que la ley va determinando en ciertos casos que personas las tienen restringidas.

"La teoría del derecho común entiende por capacidad de obrar la de realizar actos jurídicos. El Código Civil, no conoce un concepto general de la capacidad de obrar, sino sólo la capacidad para las declaraciones de voluntad, y de consiguiente para celebrar negocios jurídicos (Arts. 104-115), y la capacidad de licitual o de imputación (Arts. 827-828)" (77)

"Llámesse capacidad de negociar a la capacidad de provocar efectos jurídicos mediante negocios jurídicos. Pero, por regla general, hay que considerarla, por analogía de los Artículos 104 siguientes: también como requisito (Cf. infra artículo 194), de los actos semejantes a los negocios jurídicos: (supra artículo 28, IV, 2 a), en la misma medida en que lo es para los negocios jurídicos, pero no, en cambio, para los actos reales con efecto jurídico, como el hallazgo de un tesoro, la especificación, la toma de posesión o la composición de una obra científica o artística" (78)

"El código civil, no dice quién es capaz de celebrar negocios jurídicos, sino que se ciñe a establecer los supuestos en que falta o está limitada la capacidad. Considera, pues por regla general, como capaz a la persona que efectivamente concluye un negocio y, por tanto, el que afirma la incapacidad propia o

77.- Enneccerus, T. I, V. II. pág. 18, Citado por Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, T. I. México, 1980. pág. 363.

78.- *Ibidem* pág. 364.

ajena, tiene que probar los supuestos de esta excepción" (79)

Si se suprime completamente la capacidad de goce, se suprime la personalidad; no podría concebirse la persona si se negara toda aptitud al sujeto para adquirir derechos y obligaciones.

La capacidad para Bonnacase la define en la forma siguiente:

"Es la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial, y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté in vestida. La capacidad concebida con este alcance general es, en suma, la ex presión de la actividad jurídica íntegra de una persona. En realidad, la no ción de capacidad se descompone en dos nociones totalmente distintas: La capa cidad de goce y la capacidad de ejercicio. La capacidad de ejercicio se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una si tuación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las venta jas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma" (80)

En relación con la capacidad de los contrayentes, como requisito simultáneo a la celebración del matrimonio civil diremos que son impedimentos todo aquello que obstaculiza dicha celebración. Los impedimentos por falta de consentimien to como trastorno mental, error en la persona, coacción o miedo graves y por razón de raptó o cualquier otro aspecto violento que ponga en peligro la vida de uno de los contrayentes.

Por lo tanto, la capacidad de ejercicio es un elemento de validez en los actos jurídicos, en tanto que la capacidad de goce se presenta como esencial. Es de cir, para que un acto jurídico se celebre válidamente se requiere que tenga ca pacidad de ejercicio.

Para Rafael Rojina Villegas, la falta de "capacidad, el acto estará afectado de nulidad relativa. En cuanto a la capacidad de goce, la solución es distin ta, pues si falta la aptitud misma para ser titular de los derechos y de las obligaciones que en el acto se establezcan, habrá en rigor una imposibilidad de

79.- Ibiden pág. 364.

80.- Bonnacase, T. I., págs. 377 y 378, citado por Rafael Rojina Villegas, T.V. México, D.F. 1976, pág. 384.

jurídica para que exista el objeto mismo del acto. Es decir, cuando un sujeto no tiene capacidad de goce para poder celebrar un acto jurídico, existe un obstáculo insuperable para celebrar un acto jurídico, existe un obstáculo insuperable para que pueda entrar en su patrimonio o en su status el derecho o la obligación que se pretendan crear en el acto jurídico en consecuencia, el objeto del mismo será legalmente imposible" (81)

En cuanto la capacidad sexual, modalidad de la capacidad física, el oficial - del estado civil no tiene modo de realizar investigación alguna a fin de comprobar la existencia de ese requisito, y nadie puede hacer oposición a un matrimonio alegando la impotencia de uno de los contrayentes; tal circunstancia es causal de divorcio de acuerdo con el artículo 267, fracción VI del Código - Civil para el Distrito Federal.

Por cuanto a invocar la nulidad del matrimonio por impotencia el maestro Rojina Villegas expone: "En rigor, no se puede decir siquiera que la capacidad sexual sea condición necesaria para contraer matrimonio, al igual que la edad y la condición negativa de no estar declarado en interdicción por enfermedad mental. Y es que el matrimonio del impotente tiene vida jurídica normal, lo mismo que cualquier otro vínculo, a menos que se pida la declaración de nulidad. Para el legislador, que no puede levantar ciertos velos, ese matrimonio vive - al igual que otro cualquiera" (82)

La capacidad de ejercicio en el matrimonio supone la capacidad de goce es decir, que ya se tiene la edad núbil, pero que también se han cumplido los dieciocho años para poder celebrar válidamente el matrimonio, asimismo en el matrimonio se establece una modalidad importante, pues tratándose de menores que ya llegaron a la edad núbil, sólo se requiere el consentimiento de los padres, - abuelos o tutor, en sus respectivos casos, pero directamente el menor celebrará el acto. En cambio tratándose de contratos, el menor no celebra el negocio sino que es su representante.

"Cuando falta la capacidad de ejercicio, por tratarse de menores de edad, pero si tiene la capacidad de goce por haber llegado a la edad núbil, el matrimonio estará afectado de nulidad si no se otorga la autorización respectiva por el -

81.- Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, T. II, pág. 252, México, D.F. 1980.

82.- Ibidem.

representante legal o el juez, en el caso en que deba suplir dicha autorización" (83)

Castán Tobeñas, consultado por nuestro autor, respecto a la capacidad legal afirma: "Se determina ésta por la plena aptitud física y psicológica de los contrayentes, que en el antiguo derecho se presumía al llegar a la edad de la pubertad (doce años para las hembras y catorce para los varones). El código canónico ha elevado hasta dieciséis años para el varón y catorce para la mujer la edad para contraer matrimonio, encargado, además, a los párrocos que recomiendan a los jóvenes edad más madura, conforme a la costumbre del país (canon 1.067)" (84)

De acuerdo con lo expuesto, la capacidad se presenta como un elemento de validez en el matrimonio, sancionándose con la nulidad relativa.

83.- Rojina Villegas, Ob. Cit. pág. 253, T. II.

84.- Ibidem.

CAPITULO CUARTO

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO FAMILIAR MEXICANO, FRENTE A LA CONVENCION SOBRE EL CONSENTIMIENTO PARA EL MATRIMONIO, LA EDAD MINIMA PARA CONTRAER MATRIMONIO Y EL REGISTRO DE LOS MATRIMONIOS.

I.- SISTEMA ADOPTADO EN EL CODIGO CIVIL DE 1870 Y 1884

II.- CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1928

III.- EL MATRIMONIO EN LAS DEMAS ENTIDADES FEDERATIVAS

IV.- CONVENCION SOBRE EL CONSENTIMIENTO PARA EL MATRIMONIO, LA EDAD MINIMA PARA CONTRAER MATRIMONIO Y EL REGISTRO DE LOS MATRIMONIOS

V.- CONFLICTO DE LEYES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

VI.- POSIBLES CONFLICTOS DE LEYES DERIVADAS DEL CONSENTIMIENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO Y REGISTRO DEL MISMO EN EL CODIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO

1.- SISTEMA ADOPTADO EN EL CODIGO CIVIL DE 1870 Y 1884

Nuestra legislación y las mismas costumbres ponen de manifiesto que el Derecho de familia se encuentra en un período muy crítico del cual deben tener un conocimiento al día todo profesionista; sobre todo en los últimos diez años donde ha habido un sin fin de reformas tanto a nuestra Carta Magna como a los códigos civiles.

Describir el curso de la evolución que ha sufrido hasta llegar al estado actual, constituye uno de los objetivos propuestos en el presente trabajo; además, con el propósito de investigar lo más actualizado acerca del Derecho de Familia en nuestro país; por lo tanto analizaremos los distintos cambios de importancia que en esta rama jurídica ha ido introduciendo hasta nuestros días la legislación de México.

"Mediante la Ley del Matrimonio Civil y la Ley del Registro Civil, ambas de julio de 1859, se desconoció el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio como sacramento para hacer de él en adelante sólo un contrato civil; se encomendaron las solemnidades del mismo a los jueces del estado civil, a quienes también se encargó en libros especiales de los registros de nacimientos, matrimonios, reconocimientos, adopciones y defunciones; y se proclamó reiteradamente la indisolubilidad del matrimonio, ya que sólo la muerte de uno de los cónyuges podía disolverlo, y únicamente se permitió el divorcio, -separación por las causas previstas en la ley-" (85)

A su vez, el Código Civil de 1870 completó y desarrollo la organización de la familia y del matrimonio de la siguiente manera:

Definió el matrimonio como "la sociedad legítima de un sólo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" (Artículo 159).

"Obligo a ambos cónyuges a guardarse fidelidad, a socorrerse mutuamente y a contribuir a los objetos del matrimonio" (Artículo 198).

"Confirió al esposo la potestad marital sobre la mujer obligando a ésta a vivir con aquél y a obedecerle en lo doméstico, en la educación de los hijos y -

en la administración de los bienes y a recabar la licencia del esposo para comparecer en juicio, para enajenar bienes y para adquirirlos a título oneroso" (Artículos 199, y 204 a 207).

"Como contrapartida, obligó al marido a dar protección y alimentos a la esposa" (Artículos 200 y 201).

"Otorgó al padre en exclusiva la patria potestad sobre los hijos, ya que sólo - a falta de aquél podría la madre entrar al ejercicio de esa potestad" (Artículos 392-1 y 393).

"Clasificó a los hijos en hijos legítimos y en hijos fuera del matrimonio, subdividiendo a estos últimos en hijos naturales y en hijos espurios, o sea los - adulterinos y los incestuosos, principalmente para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón de la diversa categoría a que pertenecían" (Artículos 383, y 3460 a 3496).

"Permitió las capitulaciones matrimoniales expresas, pero en defecto de ellas - estableció el régimen legal de gananciales minuciosamente reglamentado" (Artículos 2102, y 2131 a 2204).

"Instituyó los herederos necesarios o forzosos mediante el sistema de las "legítimas", o porciones hereditarias que, salvó causas excepcionales de desheredación, se asignaban por ley en diferentes cuantías y combinaciones a favor de los descendientes y de los ascendientes del autor de la herencia" (Artículos - 3460 a 3469) (86)

El Código Civil de 1884 y la razón de su expedición.

En el año de 1884 se reformó el Código Civil de 1870 para substituirlo por el - de 1884 que introdujo como única innovación importante el principio de la libre testamentificación que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de las "legítimas" en perjuicio principalmente de los hijos de matrimonio.

"La razón de esta reforma se hizo pronto del dominio público: En cuanto al nuevo Código Civil que escribió don Jacinto Pallares, no tiene más novedad importante que haber establecido el principio o sistema de libre testamentificación, obedeciendo más bien al deseo de favorecer a un altísimo funcionario, cuyas desavenencias de familia exigían esa reforma, que a un sentimiento de interés general" (87)

Fundó también "la versión de referencia al sonadísimo juicio de divorcio o de separación personal promovido en 1885 por doña Laura Mantecón de González en contra de su esposo el General Manuel González que fuera Presidente de la República durante el período comprendido de 1880 a 1884, de cuyos autos aparece que dicha señora estuvo separada durante todo ese tiempo de su marido, quien tenía interés personal en hacer partícipe de su fortuna a varios hijos naturales habidos fuera de su matrimonio, para lo cual necesitaba de la libre testamentificación que se estableció durante su gobierno en el Código Civil de 1884" (88)

Por lo que ya en la iniciativa se contemplo este aspecto de libre testamentificación "la Comisión de 1882 para la revisión del Código Civil de 1870 presentó un primer proyecto de reformas cuyo texto conservaba el sistema de herencia forzosa, pero al ser sometido por el Ministro de Justicia Lic. Joaquín Baranda a un acuerdo especial con el Presidente de la República, General Manuel González, se adoptó el principio de la libre testamentificación en el proyecto definitivo que se presentó como iniciativa del Ejecutivo ante la Cámara de Diputados en el año de 1883" (89)

Finalmente hacemos notar que en el matrimonio no sólo se pactan derechos y obligaciones para los cónyuges, como en un contrato ordinario, sino que principalmente se establecen derechos a favor de terceros, que en el caso son los hijos y la sociedad en general, de tal suerte que, aún tratando de aplicar al matrimonio la teoría general de los contratos, hay que advertir que en el matrimonio se da una verdadera estipulación en favor de terceros, que otorga derechos irrevocables a favor de estos y no pueden ser privados por algún convenio celebrado por los cónyuges.

87.- Sánchez Medal, Ob. Cit. pág. 12 y 13.

88.- Sánchez Medal, Ob. Cit. pág. 22.

89.- Sánchez Medal, Ob. Cit. pág. 21.

II.- CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.

Hablamos aquí de la capacidad para ser parte en el vínculo sin considerar los obstáculos que puedan oponerse a la celebración de un determinado matrimonio - a causa de las relaciones existentes entre las personas que desearían contraer lo y que representan los impedimentos, conceptos jurídicos muy distintos del - de la capacidad, aunque a menudo legisladores y teóricos lo confunden con él.

Si hay un negocio jurídico en que la naturaleza misma haya impuesto férreos - límites acerca de las condiciones de capacidad, es ciertamente el matrimonio; "ello no quita que más de una vez los legisladores hayan tratado de reaccionar contra tales límites y de no tomarlos en consideración el ejemplo más conocido, el de la desponsatio impuberum, donde se concibió a veces como verdadero - matrimonio (y no como promesa para el futuro, más o menos susceptible de ser - violada), la unión de dos seres incapaces de hacerse cargo de lo que era el - matrimonio, incapaces para la unión sexual y que no expresaban al respecto - ninguna voluntad, expresándola por ellos el padre" (90)

Nuestro Código Civil establece como edad mínima para contraer matrimonio en su artículo 148 "para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El jefe del Departamento del Distrito Federal, o los Delegados según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas - graves y justificadas.

La anterior es edad para contraer matrimonio pero para tomar decisiones se necesita de tutela o representante en los negocios pero para llegar a la mayoría de edad se requiere 18 años, pues así también lo establece el código citado en su artículo 646 que establece "la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos y en su artículo 647 agrega que el "mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes" por lo que podemos entender que los contratos del orden común son válidos al celebrarse después de los 18 años cumplidos y nulos si son celebrados antes; pero cosa excepcional cuando se celebra contrato de - matrimonio por mutuo consentimiento son válidos aunque sólo hayan cumplido la edad núbil.

90.- Arturo Carlos Jemelo, El Matrimonio Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa - América, Chile 1970, Buenos Aires, 1954, pág. 20, 21 y siguientes.

III.- EL MATRIMONIO EN LAS DEMAS ENTIDADES FEDERATIVAS,

Como lo hemos venido diciendo "el matrimonio es un contrato civil por el cual un solo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia" (artículo 148 del Código Civil de Puebla).

Así tenemos, que la mayoría de los Códigos Civiles establecen en su parte general del capítulo respectivo del matrimonio casi la misma premisa de que el matrimonio se realiza con la finalidad de perpetuar la especie y podríamos señalar de cada uno de los estados pero en realidad al revisar algunos coinciden de una manera u otra y la mayoría de ellos sigue como única y exclusivamente el matrimonio monogámico con las restricciones y modalidades que la misma ley establece.

El artículo 131 del Código Civil del Estado de México establece que "el matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar, la procreación de los hijos y ayudarse mutuamente",

Las definiciones propuestas anteriormente por tales Códigos no se ajustan a la actualidad ya que después de la reforma de 1975 surgieron disposiciones para la procreación de los hijos y no lo contemplan los códigos anteriores, puede constatarse en el artículo 4o. de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y establece lo siguiente:

En su párrafo segundo "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos" Que sin duda para mí el matrimonio debe celebrarse para la perpetuación de la especie humana pero no con excesos prolíferos, pues como el momento no se presta como para tener una familia numerosa, por eso los legisladores se han preocupado de que las nuevas parejas tengan una preparación en lo tocante a sus funciones biológicas y planeen de una manera metódica los nacimientos de sus futuros hijos y que esto hace que la población alcance a ser educada aunque simplemente el kínder y la primaria inclusive hasta la secundaria y muchas veces ya no siguen estudiando precisamente por la escasez económica y el número grande de hijos que tiene la pareja.

El Código Civil para el Distrito Federal incluye en su artículo 162, párrafo -segundo lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

El Código Civil rige en el Distrito Federal; pero sus disposiciones obligan a todos los habitantes de la República, cuando se aplican supletoriamente las -leyes federales, en los casos en que la Federación fuera parte y cuando expresamente lo manda la ley. Con referencia a este conflicto de leyes trataremos brevemente en el inciso quinto de este mismo capítulo.

En consecuencia, el matrimonio en las diferentes entidades de la República variará de acuerdo a las costumbres y credos que se tengan pero el final es --- siempre para procrear hijos y que estos ya en la actualidad deben difundirse- y hacer conciencia en las nuevas parejas se tengan en mente de que "la familia pequeña vive mejor".

Ahora bien, los códigos civiles de las siguientes entidades consignan la edad para contraer matrimonio y señalan también sus impedimentos para celebrarlo;- necesitándose el consentimiento de los padres cuando no se tiene la edad para contraerlo.

1.- El Código Civil del Estado de Colima, en su Artículo 148 establece, que el hombre necesita haber cumplido 16 años y la mujer 14 para contraer matrimonio- y el artículo 156 señala los impedimentos para celebrarlo.

2.- Lo mismo señala el Código de Chiapas, por razones de edad los Jueces de -- Primera Instancia del ramo Civil pueden conceder dispensa de hecho por causas- graves y justificadas, según el Artículo 145 y el 153 señalan los impedimentos para celebrarlo, como es la falta de edad requerida por la Ley, la falta de -- consentimiento de quién ejerce la patria potestad y otros.

3.- El Código de Baja California, también señala como mínimo para contraer ma- trimonio el hombre 16 y la mujer 14 según el Artículo 145 y el 153 establece - los impedimentos entre ellos está el parentesco de consanguinidad legítima y - natural, el parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna.

4.- El de Coahuila en su Artículo 148 consigna como mínimo para celebrar el ma

trimonio 16 años para el hombre y 14 para la mujer, los impedimentos los señala en su Artículo 156 por ejemplo los anteriormente dichos, así como el adulterio que ha habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, desde luego que sea comprobado.

5.- El Código de Campeche, para contraer matrimonio en su Artículo 159 establece la minoría de edad de 16 años para el hombre y 14 años para la mujer, y el 167 señala los impedimentos entre ellos el atentado contra la vida de alguno - de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre (no dice nada - en contra del adulterio), pero sí señala la embriaguez habitual, la morfínomía, etc.

6.- El Código de Chihuahua en su Artículo 143 señala 16 años para el hombre y 14 para la mujer, el 151 establece los impedimentos como por ejemplo el idiotismo y la imbecilidad y los ya citados anteriormente.

7.- El Código de Durango, en su Artículo 143 y 151 respectivamente.

8.- Lo mismo señala el Código de Guerrero, en el Artículo 148 el matrimonio y en el 156 los impedimentos.

9.- En el Código de Guanajuato, el Artículo 145 establece el matrimonio y el - 153 los impedimentos.

10.- En el Código de Jalisco, en su Artículo 133 establece que el hombre y la mujer necesitan haber cumplido 16 años, y en el Artículo 145 señala los impedimentos ya interpretados en el transcurso de este inciso.

11.- El Código del Estado de México, establece lo mismo en los Artículos 134 y 142 respectivamente.

12.- Así también establece el Código Civil de Michoacán, en su Artículo 143 el matrimonio y el 138 los impedimentos, no reconoce esponsales según el Artículo 136 del propio ordenamiento.

13.- En el Código de Nuevo León, en el Artículo 148 establece el matrimonio y en el 156 los impedimentos.

14.- El Código de Oaxaca, en sus Artículos 147 y 156 respectivamente, no reconocen los esponsales de futuro, Artículo 144.

15.- El Código de Puebla, señala el matrimonio en el Artículo 153 y en el 152 los impedimentos, no reconoce esponsales Artículo 149.

16.- El Código de Quéretaro en el Artículo 148 y 156 señala lo anteriormente dicho.

17.- El Código de San Luis Potosí, Artículos 132 y 140 respectivamente, no reconoce esponsales Artículo 130.

18.- El Código Civil de Sinaloa, en los Artículos 148 y 156 señala lo mismo al respecto.

19.- El Código Civil de Sonora en sus Artículos 241 y 248 también establece lo mismo.

20.- El Código de Tabasco, en sus Artículos 148 y 156 también lo señala.

21.- El Código de Tamaulipas en sus Artículos 133 y 141 señala el matrimonio y los impedimentos (pero acepta la promesa de matrimonio sólo por escrito), y con carácter de aceptación da origen a los daños y perjuicios, Artículo 130.

22.- En el Código de Tlaxcala, se contempla el matrimonio en el Artículo 46 y los impedimentos en el Artículo 43.

23.- El Código Civil de Veracruz de 1966 en sus Artículos 86 y 92 establece lo mismo, no reconoce esponsales según Artículo 78 y siguientes.

24.- El Código Civil de Zacatecas, en sus Artículos 239 y 247 también señala el matrimonio y los impedimentos.

De lo anterior se llegó al conocimiento, que todos los Códigos de la República Mexicana señala la edad mínima para contraer matrimonio, así como sus impedimentos y el matrimonio subsiste con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer, de los impedimentos señalados sólo son dispensables la falta de edad, el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual. (91)

91.- Colección de Leyes Mexicanas, Editorial Cajica. Puebla, Pue. México 1966 a 1978.

IV.- CONVENCION SOBRE EL CONSENTIMIENTO PARA EL MATRIMONIO, LA EDAD MINIMA PARA CONTRAER MATRIMONIO Y EL REGISTRO DE LOS MATRIMONIOS.

El martes 19 de abril de 1983, en el Diario Oficial de la Federación se publicó la aprobación del Decreto de Promulgación de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, suscrita en Nueva York el diez de diciembre de 1962.

Dicha convención fue aprobada "el día diez del mes de diciembre del año de mil novecientos setenta y dos, se suscribió en Nueva York, la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, cuyo texto y forma en español constan en la copia certificada adjunta" La mencionada convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, el día diez del mes de noviembre del año de mil novecientos ochenta y dos, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día tres del mes de diciembre del propio año. Dicho instrumento de adhesión, fue firmado por el Licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, el día veinte del mes de diciembre del año de mil novecientos ochenta y dos, fué depositado ante el Secretario General de las Naciones Unidas, el día veintidos del mes de febrero del año de mil novecientos ochenta y tres. Por lo tanto, y para su debida observancia, en cumplimiento de lo dispuesto en la Fracción Primera del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Presidente Licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, "promulgo el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, a los veintitres días del mes de marzo del año de mil novecientos ochenta y tres" (92).

En el preámbulo de dicha convención hace notar lo siguiente:

"Los Estados contratantes deseando, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, promover el respeto y la observancia universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión.

Recordando que el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice que: "1).- Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen de

recho, sin restricción alguna, por motivo de raza, nacionalidad o 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 mismo."

"2.- Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio"

Recordando así mismo, que 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 familia son incompatibles con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Reafirmando que todos los Estados, incluso los que hubieran contraído o pudieran contraer la obligación de administrar territorios no autónomos o en fideicomiso hasta el momento en que éstos alcancen la independencia, deben adoptar todas las disposiciones adecuadas con objeto de abolir dichas costumbres, antiguas leyes y prácticas, entre otras cosas, asegurando la libertad completa en la elección de cónyuge, aboliendo totalmente el matrimonio de los niños y la práctica de los esponsales de los jóvenes antes de la edad núbil, estableciendo con tal fin las penas que fueren del caso y creando un registro civil o de otra clase para la inscripción de todos los matrimonios.

Conviene por la presente en las disposiciones siguientes:

"Artículo 1.- Párrafo 1).- No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la Ley."

"Párrafo 2).- Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1) supra, no será necesario que una de las partes esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente."

"Artículo 2.- "Los estados partes en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrá contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad."

"Artículo 3.- "Todo matrimonio deberá ser inscrito por la autoridad competente en un registro oficial destinado al efecto." (93)

Por lo que dicha convención no menciona capacidad legal para contraer matrimonio; pero se deduce del consentimiento de los cónyuges para efectuar el matrimonio y que se menciona en el artículo 1 párrafo 1 y del final del párrafo 2 - del mismo ordenamiento, mientras el artículo 2).- determina las medidas necesarias de la edad mínima para contraer dicha unión y que debe a juicio estas medidas estar de acuerdo con lo expuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16 ya transcrito varias veces y que establece, como edad mínima para contraer matrimonio la "edad núbil" que en síntesis se explica al final de este capítulo y que debe ser en la mujer 14 años y en el hombre 16 años para que exista una madurez biológica para poder procrear y una capacidad suficiente para formar una nueva familia y poder así cumplir con los derechos y obligaciones para con los hijos y recíprocamente brindándose ayuda mutua en la educación, vestido y sustento de los menores.

V.- CONFLICTO DE LEYES EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

El llamado conflicto de leyes surge cuando existen puntos de conexión que ligan una situación jurídica concreta con las normas jurídicas de dos o más Estados.

Los conflictos pueden ser variados pero lo que a nosotros nos interesa son los conflictos de vigencia especial entre normas jurídicas de aplicación jurídica concreta, ya sea sencilla, simple o compleja. "Será sencilla o simple cuando la situación jurídica concreta presente un sólo aspecto cuya regulación jurídica haya de determinarse y será compleja cuando sean varios los aspectos que requieran la elección de la norma jurídica aplicable" (94)

Ahora bien, el primer problema a resolver acerca de las reglas conflictuales que establece el Código Civil para el Distrito Federal, consiste en determinar si se trata de disposiciones de alcance Local o Federal, así como de los códigos civiles de las entidades federativas en relación también con el conflicto de leyes que se desprenden para la aplicación de sus normas al caso concreto.

Para relacionar con nuestro tema hablaremos de las personas para los actos jurídicos que depende de su desarrollo físico o intelectual, "que a su vez se va a determinar por los factores peculiares de la raza, de clima, de costumbre, de tradiciones, de idioma, etc. Por eso las leyes que rijan su capacidad, deben ser leyes nacionales, que tienen en cuenta las expresadas circunstancias y que especialmente han sido hechas en vista de las cualidades inmanentes y distintivas de los individuos a quienes se van a aplicar. Estas leyes deben regir a la persona a donde quiera que vaya, y sólo cuando esten en pugna con preceptos de orden público del país en que se realice el acto jurídico, no serán aplicadas, porque los preceptos de orden público constituyen los principios fundamentales que cada nación o entidad ha adoptado para la organización y funcionamiento de sus más importantes instituciones sociales."

Sólo subsidiariamente, cuando las personas que no tienen nacionalidad o cuando tienen dos o más, se ordena que se aplique la ley del domicilio, en el primer caso, porque no hay ley nacional que aplicar, y en el segundo, porque no se sabría cual de las leyes nacionales debería preferirse (95)

94.- Carlos Arellano García, Derecho Internacional Privado, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1980, pág. 536 y siguientes.

95.- Arellano García, Ob. Cit. pág. 652

El artículo 12 del Código Civil para el Distrito Federal, textualmente establece:

"Las Leyes Mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes."

El artículo 15 del mismo ordenamiento establece: "Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pase. Sin embargo los Mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito Federal, quedan en libertad de sujetarse a las formas prescritas por dicho código cuando el acto haya de tener ejecución en las mencionadas demarcaciones."

En resumen; desde el ángulo del Derecho Internacional Privado, podemos contemplar varias hipótesis de actos jurídicos en cuanto a su forma:

I.- Actos Jurídicos celebrados en México que deban producir efectos jurídicos en el extranjero. Estos actos no se prevén en forma especial y por lo tanto, les es aplicable la regla general del artículo 12, a menos que el Derecho Extranjero disponga algo distinto.

II.- Actos jurídicos celebrados en México por extranjeros conforme a su Derecho patrio. Será necesario el conocimiento por parte de estos extranjeros de los requisitos formales exigidos por su ley nacional y en su caso la intervención de funcionario consular o diplomático acreditados en nuestro país por el Estado al que pertenecen los interesados.

III.- Actos jurídicos celebrados en el extranjero por nacionales o extranjeros ya que deben ejecutarse en el Distrito Federal o sus entidades, se pueden ceñir al Derecho Nacional pero, será necesario que los nacionales conozcan los requisitos formales exigidos por el Derecho Nacional y en su caso, será necesario la intervención de funcionarios consulares o diplomáticos acreditados por nuestro país en el Extranjero. Es requisito indispensable para darle aplicación extraterritorial a la norma jurídica Mexicana que "el acto haya de tener ejecución en el Distrito Federal. Así lo establece la parte final del Artículo 15 del Código Civil. No obstante, pueden sujetarse al Derecho Extranjero si así lo de--

sean.

IV.- Actos jurídicos celebrados en el extranjero por nacionales o extranjeros. En términos generales, en cuanto a su forma se rigen por la ley del lugar de su celebración.

VI.- POSIBLES CONFLICTOS DE LEYES DERIVADAS DEL CONSENTIMIENTO PARA CONTRAER -
MATRIMONIO Y REGISTRO DEL MISMO EN EL CODIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO.

Ahora bien, como el presente inciso está dedicado especialmente al Código Familiar para el Estado de Hidalgo, lo que antecede sólo queda como introducción, ya que la creación de un código germinó en julio de 1976 en el Colegio Nacional de Estudios Superiores de Derecho Familiar, A.C., organismo fundado en el año de 1973 y se sustentó lo siguiente:

"El Derecho Familiar, incluido como parte del Código Civil del Distrito Federal, debe separarse de éste para integrar un nuevo ordenamiento jurídico, regulando la actual realidad social mexicana.

Se afirmó que: Las normas jurídicas de los años treinta, aún vigentes, para determinar las relaciones entre parientes colaterales iguales y desiguales, es decir, entre padres, hijos, sobrinos, nietos y otros, han variado. Los valores jurídicos, morales, culturales, sociales y otros, protegidos en 1930, hoy, son distintos. En aquella época, las políticas gubernamentales estimulaban el mayor crecimiento posible de las familias; hoy, la tendencia respetando las garantías constitucionales otorgadas a las parejas, es limitar el número de sus miembros.

Antes, la familia numerosa por regla general, podía vestirse, educarse, vivir, alimentarse e incluso divertirse, con poco dinero; en el presente, la célula social por excelencia, sea reducida o numerosa, requiere miles de pesos para satisfacer las mismas necesidades.

Las normas morales sustentadas por nuestros ancestros, llegaron al extremo de considerar los temas sexuales o semejantes, como prohibidos e indignos de mencionarse en el seno del hogar. Actualmente existen programas de educación sexual, aplicados en escuelas primarias e impresos en los libros de texto gratuitos, editados por el gobierno federal. En la segunda década del presente siglo, la mujer mexicana social y jurídicamente, fue considerada como una persona incapaz y procreadora de hijos; en una palabra, como un ser subhumano.

Conscientes de que la familia en cada parte de la República es diferente, se sugiere la posibilidad de legislar en el Distrito Federal primero, y después en todo el país. Adoptar en cada Estado, sus usos, costumbres y prácticas sociales, dándoles valor legal. La justicia familiar clama por un cuerpo de leyes especializado. Mayor estabilidad y permanencia, se logrará con esta clase de legislación. Más educación, incrementar el respeto entre sus miembros. Reducir el machismo. Más posibilidades para vivir mejor. Tener el número adecuado de hijos, debidamente protegidos. Crear el instrumento jurídico propio para lograr el verdadero equilibrio familiar, el cual repercutirá en beneficio de la sociedad y el Estado.

Si bien el país ha avanzado en justicia familiar, también ha rebasado los límites señalados por las reformas recientes, a la legislación civil. De ahí nuestra preocupación, México debe tener un cuerpo de leyes familiar, autónomo del civil" (96)

Nace a la vida jurídica el código familiar en el Estado de Hidalgo, publicado en el periódico Oficial del Gobierno del Estado de Hidalgo el 8 de noviembre de 1983, tomo CXVI, número 45, Decretos número 129 que contiene el Código Familiar para el Estado de Hidalgo y Decreto número 130 que contiene el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo.

La expedición de dicho Código Familiar para el Estado de Hidalgo, como es natural, trajo como consecuencia una serie de críticas, algunas publicadas en los diarios de mayor circulación, algunos comentarios dentro del mismo estado y otros que se llegaron a escuchar dentro de los propios pasillos de la Facultad de Derecho y algunos en los tribunales de la ciudad de México, desde luego unos en contra y otros a favor, veamos el siguiente publicado en el Diario el Universal el día 5 de octubre de 1984 y dice:

"El señor Gumersindo Magaña se esfuerza al explicar con claridad y señalar el error que se cometió al legislar al vapor en el Estado de Hidalgo aspectos tan delicados y tan importantes como son los derechos de la familia (Código Familiar), y que por ignorancia, en relación a los principios y objetivos que ani -

96.- Revista Familiaris Jus., Editada por el Organó de difusión del Colegio Nacional de Estudios Superiores de Derecho Familiar, A.C., año 1, Vol. 1, Num. 1, Julio de 1976, pág. 2 a la 5.

man a nuestra Constitución Política en su marco jurídico e ideológico, inspirada ésta en principios de libertad, para normar todas las actividades" (97)

"Es muy grave lo que se señala en el capítulo XIX del antes citado Código, -intitulado "De la planificación familiar y el control de la fecundación", por lo que no cabe la menor duda de que se trata de modificaciones de corte "tecnocrático y totalitarista", al querer determinar de cuantos miembros se debe componer cada familia, así como también el grado de preparación que se debe tener para contraer matrimonio, rubricando este hecho con lo siguiente "Que las políticas que aplicará el Gobierno serán independientes de la libertad y de la dignidad de la familia"

"El afán destructivo de la familia hidalguense se consagra en las exigencias - dispuestas por el artículo 17, fracc. III, para contraer matrimonio se requiere: "un certificado de conocimientos sobre técnicas de control de la fecundación", expedido por el gobierno del estado; faltó aclarar como se van a certificar esos conocimientos y como se le va hacer en las zonas marginadas del valle del Mezquital y de la Huasteca, qué institución, fideicomiso o comisión se va a implementar para que se haga cargo de la capacitación u orientación para adquirir los conocimientos que se pretenden" (98)

La crítica más reciente al tantas veces citado Código Familiar del Estado de Hidalgo es la "ponencia presentada en la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, en el VIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado del 18 al 20 de octubre de 1984" (99)

"El Código Familiar para el Estado de Hidalgo de 8 de noviembre de 1983, contiene doctrina actualizada; claro esta, no es posible prever todas las consecuencias jurídicas, es más, los aspectos que se analizan en relación con el Derecho Internacional Privado, son a título de enunciativos, más no su agotamiento" (100)

Siguiendo lo manifestado en la exposición de motivos "se considera al matrimonio como una institución social y permanente, igual en derechos y obligaciones para el hombre y la mujer", además, lo califica como "un acto jurídico solemne,

97.- Por Enrique Varela Ramírez, Exalumno del Lic. Julian Guitrón Fuentevilla, en el Diario El Universal de fecha 5 de octubre de 1984.

98.- Por Enrique Varela Ramírez, Ob. Cit.

99.- Ignacio J. Navarro Vega y Manuel Rosales Silva, ponencia en trámite de publicación, Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado del 18 al 20 de octubre de 1984.

100.- Idem.

Contractual e institucional" (art. 11 y 12 del Código Familiar para el Estado de Hidalgo) (101).

Sustentan los ponentes que: "Se equipara el concubinato al matrimonio cuando los concubinos, el Ministerio Público o los hijos, solicitan la inscripción del concubinato, en los libros de Matrimonio del Registro del Estado Familiar siempre y cuando se reúnan los requisitos de haber vivido juntos durante cinco años, como si estuvieran casados, y sin tener impedimento legal para contraer dicha unión. En este caso se inscribirá la unión en el libro de matrimonio, y producirá efectos retroactivos al día cierto y determinado de iniciación del concubinato" (Art. 146 y 150 C.F.P.E.H.) (102).

La finalidad de la Institución Registro del Estado Familiar, dependiente del Ejecutivo Estatal, representada por los Oficiales del Registro, entre otras facultades, se encuentran las de "constatar, autorizar o reconocer los actos o hechos jurídicos relativos al nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio, tutela, emancipación, muerte, ausencia, presunción de muerte, pérdida de la capacidad legal, e inscripción de ejecutorias propias de la materia del estado familiar" (150 fracción II del C.F.P.E.H.) (103).

En el segundo punto de la ponencia titulado como El Matrimonio como presupuesto para conflicto de leyes, podemos observar lo siguiente:

"El artículo 12, en su primer párrafo repite la directriz contenida en la Exposición de Motivos, respecto a la naturaleza del matrimonio; Con la sanción en la fracción I de acto solemne, contractual e institucional; esto es, solemne por la concurrencia de voluntades de ambos contrayentes, ante la presencia del Oficial del Registro Familiar; en otras palabras, la manifestación de voluntad es en un solo acto, ante el funcionario que da fe del matrimonio. La fracción siguiente dispone: "es un contrato de sociedad civil, porque hay consentimiento de los futuros esposos en relación a un objeto: Los bienes. "A todas luces incongruente, por no decir sofisticado porque si no hay bienes, significa que no es un contrato civil, contra lo dispuesto por nuestra Constitución en el artículo 130, en la parte conducente: "el matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil... "De donde se

101.- Idem.

102.- Idem.

103.- Idem.

concluye que, es contractual porque lo dice la norma fundamental, además de ser un acto del estado civil, la fracción III no se analiza por carecer de relevancia para nuestro objetivo.

El Código referido, establece como edad mínima para contraer matrimonio 18 años para el hombre y la mujer, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley. (Art. 30 C.F.P.E.H.) (104).

El punto tercero denominado El concubinato y algunos conflictos de leyes, sustancialmente así se expresa:

La naturaleza del concubinato en cuanto a su existencia, coincide en su génesis con los requisitos base para tenerlo jurídicamente como tal, como aparece sustancialmente en los códigos civiles de las demás entidades federativas, con la inclusión de una de sus consecuencias jurídicas en la parte final del artículo 146:

El concubinato es la unión de un hombre y una mujer libres de matrimonio, que durante más de cinco años, de manera pacífica, pública continua y permanente, y sin tener impedimento para contraer matrimonio, hacen vida en común como si estuvieran casados y con obligaciones de prestarse alimentos mutuamente.

Sin lugar a dudas, el concepto, descansa en una situación previa de estado de hecho, que posteriormente es sancionado por el Derecho, de ahí que no sea congruente con el título mismo del código y consecuentemente con el artículo 139, que sólo reconoce como estados familiares al soltero, casado, divorciado y viudo, excluye al concubinario, aún cuando es un estado jurídico de acuerdo con el artículo 10., llegándose así a una construcción nada ortodoxa.

Posibles conflictos de leyes por disolución del concubinato. La disolución del concubinato, faculta a los concubinos a reclamarse mutuamente alimentos; hasta aquí no se presentan problemas conflictuales, si se trata de hacerlos efectivos en la misma entidad federativa, o bien que la fuente de trabajo del deudor alimentario se encuentre en otra entidad federativa con similar sistema legislativo.

Se presentarían problemas, cuando se tratara de descontar las pensiones alimentarias, en aquellas entidades federativas que no contemplan el descuento de las mismas entre concubinarios, como sería el caso del Estado de Jalisco. Pensemos

en la hipótesis siguiente: En una unión concubinaria, donde ambos concubinos - trabajan y domiciliados en el Estado de Hidalgo; el concubino se jubila y sus - ingresos son exiguos, la concubina también trabaja, con magníficos ingresos, - con la circunstancia de cambiar la empresa su domicilio al Estado de Jalisco, - donde continua prestando sus servicios la concubina, y sus ingresos los invier- te, así las contingencias, el concubinario demanda pensión alimenticia ante el juez competente radicado en el Estado de Hidalgo; previos los Informes de ingre- sos monetarios por diversos conceptos de su compañera, gira atento exhorto el - juez en el Estado de Hidalgo, al competente en el Estado de Jalisco, este últi- mo puede validamente oponerse a girar el oficio a la empresa para el descuento de pensiones alimenticias, por no encontrarse contemplada en su legislación, la institución jurídica descuento de pensiones alimenticias entre concubinarlos; - porque no sanciona tampoco el concubinato; consecuentemente, menos debe comple- mentar exhortos para las consecuencias del mismo.

En el ejemplo, si el juez exhortado diera cumplimiento a lo solicitado por el - juez exhortante, la concubina podría excepcionarse con fundamento en la institu- ción no contemplada o institución desconocida, situandonos en el presupuesto de descuento de pensión alimenticia.

O posiblemente para ese entonces ya se haya legislado el concubinato equiparan- dose con el Código Familiar de Hidalgo y el ejemplo se venga abajo.

En el punto cuarto Equiparación del concubinato al matrimonio y algunas conse- cuencias jurídicas.

El concubinato se equipa al matrimonio, según lo dispone el artículo 150, sur- tiendo los efectos del mismo, cuando se satisfagan los requisitos siguientes:

a).- Que se cumpla con el imperativo del artículo 146.

b).- Que los concubinos soliciten conjunta o separadamente, la inscripción del concubinato en el libro de matrimonio del Registro del Estado Familiar. Esta - facultad también se concede a los hijos, ya sea por sí mismo o por legítimo re- presentante, o bien por el Ministerio Público.

Cabe aclarar, "si la petición se hace por uno de los concubinos, los hijos o el Ministerio Público, se concederá al otro o a ambos, según sea el caso, un plazo de 30 días hábiles para contradecirla. Si surge controversia, se remitirán las actuaciones al Juez Familiar, para que resuelva conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo." (105)

El contenido de este inciso, presenta serios inconvenientes, en contra de toda técnica y lógica jurídica, entre otros el siguiente:

Es desvirtuada la naturaleza de uno de los requisitos, como es la solemnidad, cuando la solicitud de inscripción en el libro de matrimonios del Registro del estado familiar, es formulada por uno de los concubinos o un tercero que faculta la ley. La fracción III del artículo 150, en sus tres párrafos es contraria al artículo 12 del mismo código; porque, como adelantamos, la voluntad de ambos consortes en el matrimonio, debe ser conjunta y no separadamente; consecuentemente se violan las garantías individuales del concubinario afectado, por la inscripción precitada, no debe surtir efectos de aceptación presuncional o tácita; esto es, por no contradecirla dentro del plazo de 30 días. Además, no significa que cause estado una simple declaración unilateral de voluntad, por el transcurso de más de treinta días, porque la inscripción por conducto del Oficial del Registro del Estado Familiar, no es acto de autoridad que subsane la ausencia del consentimiento. Porque la falta de consentimiento en un acto jurídico, trae aparejada su inexistencia.

La exposición de Motivos de este Código, lleva implícita la mejor intención del legislador; sólo que deben hacerse las adecuaciones, para que no se cometan injusticias y sea congruente con su espíritu mismo, y además, se eviten los posibles conflictos de Leyes.

No sería posible que se diera entera fe y crédito a los efectos de un concubinato inscrito por declaración unilateral, en el Registro del Estado Familiar; fuera del Estado de Hidalgo. De intentarse, se estaría cayendo en el matrimonio por comportamiento, y no surtiría los efectos de matrimonio. De ahí que, el concubinato como tal, sólo produce sus efectos en aquellas entidades federativas que también los sancionan en su legislación; y eso, en sus límites y alcances. Dentro de este mismo marco, qué sucedería si el concubinario que no ha ma

nifestado expresamente su consentimiento, se casa en el Estado de Chihuahua y se queda a radicar en esa misma entidad, ¿tendrá eficacia la denuncia de bigamo que formule la primera "esposa"? lo dudamos; eso sí, subsiste la obligación alimentaria para los hijos debidamente reconocidos. De no hacerse las adecuaciones correspondientes, se suscitarán conflictos de leyes en detrimento de personas inocentes y los concubenarios pillos tendrán salida jurídica para evadir el cumplimiento de la Ley.

"La declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y otros documentos derivados de la misma, sustancialmente sancionan que: "El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes". De donde se concluye: es contrario a los Derechos Humanos, el que una declaración unilateral de voluntad surta todos los efectos matrimoniales por el sólo hecho de inscribirse en el Registro del Estado familiar. En otras palabras, el concubinato estaría por encima del matrimonio. Corroborándose, la necesidad de adecuaciones al Código que nos ocupa, sólo limitativamente nos hemos referido a posibles conflictos de leyes; parcialmente a la violación de garantías individuales, y como consecuencia, también violación de los Derechos Humanos." (106)

En definitiva los planteamientos críticos que se hacen, algunos de índole destructivo y otros de índole constructivo, van en torno a la nueva ley que acaba de entrar en vigor en un estado muy pobre y de una cultura muy atrasada por lo tanto la expedición del código viene a tratar de cambiar esa mentalidad, por ello las críticas que se hacen son justificadas y los errores que contiene son propios de una ley y no son aceptadas precisamente por el contenido regulador de unas personas que ya contempla como desarrolladas y como es natural las críticas se hacen en todo tipo de ley, siempre tratando de mejorar lo que se encuentra en pugna.

El Código Familiar del Estado de Hidalgo, en su aspecto concubinario se expuso por ser posible presupuesto previo para el matrimonio en algunos casos, con posibles conflictos de leyes.

Como síntesis diremos: En relación con nuestro trabajo, según el Diccionario Anaya de la Lengua Española la palabra "Núbil" proviene del Latín Nubilis que significa: casadero o de novero que quiere decir casarse, la palabra núbil - tiene algunos sinónimos como son entre otros: adolescencia-pubertad. Es el - período de vida humana intercalado entre la infancia y la edad adulta y que - está comprendida entre los catorce y los dieciocho años. Pero algunos auto- res tienden a incluir también en ella el período de la pubertad, (de los once a los catorce años), por lo que optamos por el período de la adolescencia, - por ser una edad apropiada para el matrimonio de la mujer.

Por eso la Convención suscrita en Nueva York, el 10 de diciembre de 1962, - remite al sistema constitucional de cada Estado parte, para que legisle so- bre edad mínima para contraer matrimonio, que no necesariamente coincide con el hecho de posibilidad física de procrear a una edad menor que la sanciona- da por la Ley.

Así, el Código Civil para el Distrito Federal, al señalar la edad mínima de catorce años a la mujer y dieciséis años cumplidos al hombre para contraer - matrimonio, es de acuerdo con su política poblacional ya que sería problemá- tico tomar por edad mínima de doce años.

En materia civil, las entidades federativas tienen facultad para señalar la edad mínima en la mujer y el hombre para contraer matrimonio, por eso obser- vamos que en los Estados de Jalisco e Hidalgo, se señalan edades de diecí- seis y dieciocho años respectivamente.

El Artículo 2 de la Convención, que transcribimos oportunamente, en la frac- ción (IV), de éste capítulo, pensamos que no será observado por las causas - arriba expuestas, ya que federalizaría una edad uniforme los Estados Unidos Mexicanos.

CONCLUSIONES

- 1.- La familia primitiva, no establecía restricciones para contraer matrimonio, ya que este era consensual y sin más formalidad que el hecho de cohabitar, darse alimentos y defenderse de las inclemencias del ambiente en que vivían.
2. La promiscuidad era el común denominador en la familia primitiva, el incesto era visto como normal.
3. En las tribus era dable que todos los hombres participaban sexualmente de las mujeres y todas las mujeres realizan el sexo con todos los hombres.
4. Debido al incesto, degeneraba la descendencia en las uniones endógamas, por lo que tuvieron que realizar uniones de tribu a tribu, lo normal era declarándose la guerra, raptando a mujeres y niñas, donde el consentimiento no existía.
5. Es en la sociedad organizada cuando se reglamenta la institución del matrimonio, y consecuentemente el consentimiento es elemento indispensable para su existencia, claro está la influencia de los padres era determinante.
6. La Convención Sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios, ha sido analizado sustancialmente en su segundo aspecto medularmente, porque de acuerdo con nuestra legislación, tanto el consentimiento como el registro de los mismos son implícitos.
7. Las entidades federativas están facultadas para legislar en materia de matrimonio, siempre y cuando no rebasen los lineamientos de nuestra Constitución Federal en su artículo 130, en su parte conducente.
8. La Convención a que hemos aludido, proyecta en su contenido medular, la Declaración Universal de Derechos Humanos en algunos de sus artículos, especialmente del artículo 16, que pensamos es reglamentaria del mismo.

9. El Código Familiar para el Estado de Hidalgo, en los aspectos que contempla, da posibilidad que terceros registren la unión concubinaría para que surta efectos de matrimonio, es anticonstitucional, porque se viola el artículo -precitado.

10. Además del artículo 130 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que sanciona al matrimonio como acto del estado civil, se viola la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el Código Familiar del Estado de Hidalgo, entre otros preceptos por el numeral 150.

11. Como consecuencia de la anterior violación a los documentos básicos aludidos, también se viola la Convención materia de esta tesis, en el aspecto -consentimiento para contraer matrimonio, por vfa del concubinato previo.

12. La Convención Sobre el Consentimiento Para el Matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, en su artículo 2, por el momento no es posible se plasme en un dispositivo de contenido federal ya que cada entidad federativa tiene facultades para legislar en edad mínima para contraer matrimonio.

13. Federalizar la edad mínima para contraer matrimonio, implicaría conflictos de Leyes con los códigos civiles o Leyes reglamentarias respectivas, donde prevalecería la norma federal y la autonomía de cada Estado en esta materia estaría más minimizada.

B I B L I O G R A F I A

- AZUARA PEREZ LEANDRO, SOCIOLOGIA, ED. PORRUA, S.A. MEXICO, D. F. 1980.
- ARELLANO GARCIA CARLOS, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, 6a. EDICION, ED. PORRUA, S.A. MEXICO, D. F. 1989.
- BONNECASE, T. I. PAGS. 377 Y 378, CITADO POR ROGINA VILLEGAS, T.V. MEXICO, D. F. 1976.
- BRAVO VALDEZ BEATRIZ Y BRAVO GONZALEZ AGUSTIN, PRIMER CURSO DE DERECHO ROMANO, ED. PAX-MEXICO, LIBRERIA CARLOS CESARMAN, S. A., MEXICO, D. F., JUNIO 1978.
- CASO ANTONIO, SOCIOLOGIA, 6a. EDICION, ED. PORRUA, S. A., MEXICO, D. F. 1951.
- DE IBARROLA ANTONIO, DERECHO DE FAMILIA, ED. PORRUA, S. A., PRIMERA EDICION, - 1978, MEXICO, D. F. 1978.
- EMILIO O. RABASA Y GLORIA CABALLERO, MEXICANO: ESTA ES TU CONSTITUCION, CAMARA DE DIPUTADOS, LI LEGISLATURA, MEXICO, D. F. 1982.
- ENGELS F., EL ORIGEN DE LA FAMILIA, LA PROPIEDAD PRIVADA Y EL ESTADO, ED. PROGRESO, 1976, TRADUCCION AL ESPAÑOL POR ED. PROGRESO, 1976.
- ENGELS F., EL PAPEL DEL TRABAJO EN LA TRANSFORMACION DEL MONO EN HOMBRE, ED. - PROGRESO, MOSCU, 1977. TRADUCCION AL ESPAÑOL DE ED. PROGRESO, 1977.
- ENNECCERUS, T.I.V. II. PAG. 18, CITADO POR ROGINA VILLEGAS, DERECHO CIVIL MEXICANO, T.I. MEXICO, D. F. 1980.
- FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO, DERECHO ROMANO, 8a. EDICION, EDITORIAL ESFINGE, S.A., MEXICO, D. F. 1978.
- HERODOTO, LOS NUEVE LIBROS DE LA HISTORIA, W.M. JACKSON INC, TRADUCCION Y ESTUDIO PRELIMINAR POR MARIA ROSA LIDA DE MALKIEL, 6a. EDICION, MEXICO, - D, F. 1973.
- J. NODARSE JOSE, ELEMENTOS DE SOCIOLOGIA, ED. MINERVA BOOKS, LTD., Y COMPANIA GENERAL DE EDICIONES, S.A. XI EDICION, MEXICO, D. F. 1975.

JEMELOO ARTURO CARLOS, EL MATRIMONIO, TRADUCCION DE SANTIAGO SENTIS MELENDO Y MARINO AYERRA REDIN, EDICIONES JURIDICAS EUROPA-AMERICA-CHILE, - 1970, BUENOS AIRES, 1954.

LARROYO FRANCISCO, LOS PRINCIPIOS DE LA ETICA SOCIAL, EDITORIAL PORRUA, S. A. XV EDICION, MEXICO, D. F. 1976.

MATEOS M. AGUSTIN, ETIMOLOGIAS GRECOLATINAS DEL ESPANOL, EDITORIAL ESFINGE, S. A. XIII EDICION, MEXICO, D. F. 1977.

NAVARRO VEGA IGNACIO J. Y ROSALES SILVA MANUEL, PONENCIA - OCTAVO SEMINARIO NACIONAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. DE FECHA DEL 18 AL 20 - DE OCTUBRE DE 1984. PRESENTADA A LA UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLAS DE HIDALGO.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL, DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO II, DERECHO DE FAMILIA, EDITORIAL PORRUA, S. A. 5a. EDICION, MEXICO, D. F. 1980.

RUBIO DEL VILLAR FERNANDO, DR., MANUAL DE SOCIOLOGIA, TOMO II, EDITORIAL POSADA, S. A. 2a. EDICION, MEXICO, D. F. 1976.

SANCHEZ MEDAL RAMON, LOS GRANDES CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA DE MEXICO, EDITORIAL PORRUA, S. A. MEXICO, D. F. 1979.

LEGISLACIONES NACIONALES Y EXTRANJERAS, Y OTROS DOCUMENTOS BASICOS.

- COLECCION DE LEYES MEXICANAS, ED. CAJICA. PUEBLA, PUE., MEXICO 1966 - A 1978.
- CODIGO CIVIL, PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS, DE 1o. DE NOVIEMBRE DE 1940 (PUEBLA, MEXICO: ED. CAJICA, S/F. e).
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA ALEMANA, ELAVORADA EL 6 DE ABRIL DE 1968, EN PLEBISITO Y PROMULGADO EL 8 DE ABRIL DEL MISMO AÑO, POR EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA - ALEMANA, REVISADA EL 7 DE OCTUBRE DE 1974.
- CONSTITUCION "LEY FUNDAMENTAL" DE LA UNION DE REPUBLICAS SOCIALISTAS SOVIETICAS, ED. PROGRESO, MOSCU, 1980.
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COLECCION PORRUA, SEXAGESIMOSEXTA EDICION, ED. PORRUA, S.A. MEXICO, D. F. 1980.
- CONSTITUCION SOCIALISTA DE LA REPUBLICA POPULAR DEMOCRATICA DE COREA, EDICIONES EN LENGUAS EXTRANJERAS, COREA, 1972.
- DIARIO "EL UNIVERSAL" DE FECHA 5 DE OCTUBRE DE 1984.
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION, DEL MARTES 19 DE ABRIL DE 1983.
- ENCICLOPEDIA AMOR TOMO II, ORGANIZACION EDITORIAL NOVARO, S. A., MEXICO, D. F. 1981.
- ENCICLOPEDIA MONITOR SALVAT, PARA TODOS, IMPRESO EN MADRID, ESPAÑA EN 1970, TOMO 7.
- LA CARTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, O. N. U. 1978.
- LAS CONSTITUCIONES DE BOLIVIA, INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS, MADRID ESPAÑA, 1958.
- LAS CONSTITUCIONES DE COSTA RICA, INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS, COSTA RICA, 1962.

- LAS CONSTITUCIONES DE GUATEMALA, INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS, MADRID, 1958.
- 'NUEVO PRACTIDICCIONARIO ANAYA, DE LA LENGUA ESPAÑOLA, EDITADO POR FUNDADORA TELEVISA, S. A. MEXICO, D. F. 1981.
- REVISTA FAMILIAR JUS, EDITADA POR EL ORGANO DE DIFUSION DEL COLEGIO NACIONAL DE ESTUDIOS SUPERIORES DE DERECHO FAMILIAR, A. C., AÑO I, VOL. I, No. 1, JULIO DE 1976.