

41
Zij



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**



**ANALISIS JURIDICO DEL MATRIMONIO COMO
INSTITUCION**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
ALFONSO CORTES RAMIREZ**



MEXICO, D. F.

1987



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

INTRODUCCION.	Pág. 3
-----------------------	-----------

CAPITULO PRIMERO

Referencias Históricas.	7
I. El Matrimonio en el Derecho Romano	8
II. El Matrimonio en la Edad Media	17
III. El Matrimonio en el Antiguo Derecho Francés. . .	22
IV. Evolución Histórica del Matrimonio en México . .	27

CAPITULO SEGUNDO

El Matrimonio Como Contrato Jurídico.	38
I. El Matrimonio Como Hecho Social.	39
II. El Matrimonio Como Acto Jurídico	51
III. Naturaleza Jurídica del Matrimonio	56
IV. Elementos del Matrimonio	62

CAPITULO TERCERO

Examen General de la Teoría Institucional	67
I. Concepto General de Institución.	68
II. La Institución Desde el Punto de Vista Sociológico.	72
III. La Institución Desde el Punto de Vista Jurídico.	80
IV. Ubicación del Matrimonio	89

CAPITULO CUARTO

El Matrimonio en el Derecho Mexicano.	93
I. Requisitos de Existencia y Validez del Matrimonio	94
II. Relación de Impedimentos Para Contraer Matrimonio	105
III. La Nulidad e Ilícitud del Matrimonio	107
IV. La Teoría Institucional y el Matrimonio.	120
CONCLUSIONES.	129
BIBLIOGRAFIA.	133

En todas las latitudes y en todos los regímenes jurídicos, el matrimonio asume una importancia primaria, por cuanto que constituye la entidad que tiene la función esencial de erigirse en núcleo formativo de la familia y, por ende, de la sociedad: de suerte que la estabilidad de ésta depende en muy alta medida de la armonía que prevalezca en el seno de la unión conyugal, armonía que de inmediato se ha de reflejar, primeramente, en la familia, motivando antes que nada la solidaridad entre sus miembros, para que después ésta repercuta en la solidaridad social, base necesaria para la preservación de los valores colectivos.

Percatándome de esa trascendencia del matrimonio el tema resultó muy sugerente para su estudio en mi tesis profesional, sobre todo por el hecho de que no hay uniformidad entre los diversos criterios doctrinarios

respecto a la naturaleza jurídica de tan importante acto jurídico, social y ético.

De ahí que siguiendo el lineamiento tradicional en este tipo de estudios, de integrar el primer capítulo con las referencias históricas más destacadas del instituto a examen, paso de inmediato a analizarlo como hecho social y a renglón seguido como acto jurídico. Dentro de la primera concepción citada estimé interesante referirme a la relativamente novedosa teoría que defiende una estructuración social del matrimonio sobre los escuetos elementos de convivencia y trsto sexual continuado, de un solo hombre con una sola mujer. En el inciso relativo, procuro valorar estas nuevas orientaciones, que inclusive han trascendido al ámbito legislativo de algún Estado de la República, como en el propio inciso hago notar.

Abordamos en seguida, el estudio referente a la observación clásica del matrimonio, como acto jurídico, resaltando los principales aspectos que como tal lo distinguen en la Doctrina, tanto extraña como propia, procuran-

do poner de relieve la antítesis que, respecto de esta naturaleza sugiere la que considera al ligamen como hecho social de relevancia jurídica.

A continuación, y obviamente con vistas a precisar la naturaleza jurídica más aceptable de la propia unión conyugal, hago un breve estudio general del concepto de "institución", para en seguida ocuparme de sus enfoques más importantes: El sociológico y el jurídico, a efecto de tener las bases necesarias para poder ubicar al matrimonio dentro de ese contexto.

Ya con todas las anteriores directrices doctrinarias, destino el capítulo final al examen del matrimonio en el Derecho Mexicano, aludiendo a sus requisitos de existencia y de validez, a los impedimentos para contraer lo y a la problemática de la nulidad y la ilicitud; todos estos, temas técnico-legales cuya mención está orientada en cada caso a vincular al matrimonio con la fructífera gama de posibilidades que ofrece la teoría institucional, meta ésta que se contempla especialmente en el último inciso del presente trabajo.

CAPITULO PRIMERO

Referencias Históricas.

- I. El Matrimonio en el Derecho Romano.
- II. El Matrimonio en la Edad Media.
- III. El Matrimonio en el Antiguo Derecho Francés.
- IV. Evolución Histórica del Matrimonio en México.

I.- EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO.

La importancia del matrimonio ha sido tanta y tan generalizada, que hasta para su explicación etimológica se han vertido dos opiniones divergentes. En efecto, para considerable número de autores la voz matrimonio deriva de los vocablos latinos "matris" y "munium", que significan carga o gravamen para la madre, expresándose de ese modo que es la madre quien lleva el peso mayor, tanto antes como después del parto ("oficio de madre") (1). Otros estudiosos, en cambio, sostienen que tal no es el origen etimológico de matrimonio, pues en muchos países, entre ellos Francia, Italia e Inglaterra, se le denomina "mariage", "maritagio" y "marriage", palabras todas que devienen del vocablo romano referente al "marido"; destacándose así la mayor importancia del hombre en la unión conyugal (2).

(1) Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París, 1863, Librería de Rosa y Bouret, p. 1204.

(2) Guillermo A. Borda, Tratado de Derecho Civil Argentino "Familia", Buenos Aires, 1959. Ed. Perrot, T. I, p. 49.

El curso de la historia ha demostrado que es esta última la versión más valedera, pues prácticamente en casi todas las civilizaciones no contemporáneas ha imperado el criterio de la supremacía del hombre en la relación matrimonial. Así sucedía, por ejemplo, en la India, cuyo Código de Leyes de Manú, emitido varios siglos antes de Jesucristo, situaba a la mujer en una posición poco halagüeña, llegando a considerarla, incluso, como un "ser impuro" (3).

Se afirma también que entre los persas el predominio absoluto del hombre fue matiz esencial de la familia; y como efecto de esos principios, fueron admitidos la poligamia y el derecho a repudiar a la cónyuge, llegando inclusive a permitirse al esposo el derecho de vida y muerte sobre la mujer y sus hijos (4).

Con estos negativos antecedentes, ya en el Derecho Romano se instituye en forma acabadamente jurídica el matrimonio, concebido genéricamente como la plena

- (3) Enciclopedia Universal Ilustrada, Barcelona, Ed. Hijos de J. España, Barcelona 1963, p. 1857.
- (4) José D' Aguanno, La Génesis y la Evolución del Derecho Civil, Trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, s/f, T.I, p. 412.

y legítima unión y convivencia de hombre y mujer.

En el antiguo Derecho Romano el matrimonio implica como factor esencial, poderes maritales absolutos sobre la persona de la mujer -"manus mariti"-, por virtud de los cuales ésta pasa a formar parte de la casa del marido, a cuyo imperio queda sometida. Es así que se explica la institución tradicional de la compra de la novia -"coemptio"- como forma primitiva de matrimonio, por la cual el "paterfamilias" da a sus hijas en casamiento.

Otra forma ritual de celebración de matrimonio es la "confarreatio", consistente en un sacrificio ofrendado a Júpiter, con determinadas ceremonias y palabras solemnes ("certa verba"), siendo el medio por el que se consagra formalmente la comunidad de ritos y de vida entre los cónyuges, haciendo entrar a la mujer, al mismo tiempo, bajo la "manus mariti", por ser exigencia inexcusable.

Pronto se hizo necesaria la institución

de una forma de matrimonio menos formalista que la "coemptio" y la "confarreatio". Sobre éstas -dice Rodolfo Sohm- pesaba el rigor formalista del antiguo derecho. No era difícil limitar, mediante un plazo determinado, la nulidad que en esos matrimonios pudiera producir un defecto cualquiera de forma. En efecto, el estado real de matrimonio, persistente durante un año, tenía eficacia convalidatoria y como, a pesar de esto, no se reconocía ninguna diferencia esencial entre los negocios jurídicos nulos y los inexistentes, acabó por admitirse que el marido pudiera adquirir la manus marital sin necesidad de que mediase forma alguna de celebración, por el simple transcurso de un año ininterrumpido de vida matrimonial -"usus"- (5).

Así pues, en esta tercera forma de unión, la "manus" producíase por "usus"; y con la manus nacía un legítimo matrimonio válido ante el Derecho Civil.

En Derecho Romano, son cuatro las condiciones necesarias para que las "justae nuptiae" sean válidas; a saber: La pubertad de los esposos; su consentimiento;

(5) Rodolfo Sohm, Instituciones de Derecho Privado Romano, Trad. de Wenceslao Roces, México, 1975, Editora Nacional, p. 282.

el consentimiento del jefe de familia; el "jus connubii".

a) La Pubertad de los Esposos.- Tal es la condición relativa a la edad en que las facultades físicas del hombre y de la mujer están suficientemente desarrolladas para permitirles realizar el principal objeto del matrimonio: Tener hijos que perpetúen la familia. En los primeros tiempos la pubertad se fijó a los doce años para las hijas; respecto a los hijos, se les reconocía púberes en la edad en que el padre de familia encontraba en ellos, por examen de su cuerpo, las señales de la pubertad. Con posterioridad, fue la edad de catorce años la señalada por las leyes como la de pubertad.

b) Consentimiento de los Esposos.- Si bien es probable que durante mucho tiempo la energía de la autoridad paterna pudo violentar a los hijos al matrimonio, ya bajo el Imperio no les pertenecía este derecho, surgiendo así el principio de que las personas que se casan deben consentir libremente.

En cuanto al demente, que razonablemente no puede consentir mientras esté en estado de locura, puede, sin embargo, contraer matrimonio en un intervalo lúcido.

c) Consentimiento del Jefe de Familia.- Roma estaba repartida en diversas "domus". Cada monarquía doméstica tenía su jefe, su "paterfamilias". Sólo él era "sui iuris", independiente de alguna patria potestad. Los demás miembros de la domus estaban sometidos a su poder, y participaban en la vida jurídica romana sólo a través del paterfamilias. Eran, por tanto, "alieni iuris".

Tal aclaración ha sido necesaria en razón de que los que se casen siendo "sui iuris" no tienen necesidad del consentimiento de nadie. Los hijos bajo autoridad (alieni iuris) deben tener el consentimiento del jefe de familia.

d) Connubium.- Designábase así la aptitud legal para contraer las "justae nuptiae". Para disfrutarla, lo primero que se requiere es ser ciudadano romano. Consecuen-

temente, en el Derecho Antiguo estaban privados del connubium los esclavos, los latinos y los peregrinos, por lo general. Bajo Justiniano, y con motivo de la extensión del derecho de ciudadanía, los únicos que no tuvieron el connubium fueron los esclavos y los bárbaros.

Siendo las citadas condiciones esenciales para la validez del matrimonio en Roma, hemos de puntualizar ahora los efectos del mismo.

a) Efectos con Respecto a los Esposos.- Tienen el título de "vir" y "uxor", participando la mujer de la condición social del marido; no obstante lo cual, las condiciones de plebeya y de manumitida no se borran por el matrimonio con un patricio o con un ingenuo, aun cuando estas uniones hayan sido permitidas. Además, el matrimonio no hace entrar a la mujer en la familia civil del marido ya que este efecto sólo es producido por la manus.

Tienen los esposos el deber de fidelidad, si bien era castigado con mucho mayor rigor el adulterio de la mujer.

b) Efectos con Respecto a los Hijos.- Son hijos legítimos los nacidos de justae nuptiae. Están bajo la autoridad de su padre y del abuelo paterno, siendo el padre alieni juris. Forman parte de la familia civil del padre, a título de "agnados", y toman también su nombre y condición social. En cambio, entre los hijos y la madre sólo existe un lazo de parentesco natural de "cognación", en el primer grado. Sólo la manus podía modificar esta relación, siendo entonces los hijos agnados de su madre en el segundo grado, in manu.

Desde Marco Aurelio, la filiación se hacía constatar en los registros públicos. El padre tenía que declarar el nacimiento de sus hijos en un término de treinta días.

Todas las condiciones anteriores concurren a dar validez al matrimonio. Faltando una o más, éste es nulo y no produce ningún efecto.

Para terminar con esta breve alusión

al matrimonio en Roma, hemos de resumir las causas de su disolución:

a) La Muerte de uno de los Esposos.- En tal supuesto, el marido podía volver a casarse inmediatamente; pero, en cambio, la viuda debía guardar luto por diez meses y no podía volver a casarse dentro de ese lapso.

b) La Pérdida del Connubium.- Se verificaba cuando había reducción en esclavitud, por haber sido hecho prisionero alguno de los esposos por el enemigo. Se disuelve entonces el matrimonio, pero éste perdura si los dos cónyuges permanecieron juntos en cautividad.

c) El Divorcio.- A los finales del proceso evolutivo de esta institución que terminaba con el matrimonio, se reconocían las causales de divorcio siguientes:

- 1.- Por mutuo consentimiento;
- 2.- Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley;
- 3.- Sin mutuo consentimiento, y sí causa legal,

en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio.

- 4.- "Bona Gratia", o sea, divorcio no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero sí fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio (impotencia, cautividad prolongada) o inmoral (voto de castidad).

Cabe agregar que además se disolvía el matrimonio por declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges ("repudium"), pues los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la "affectio maritalis" había desaparecido (6).

En lo que diversos autores coinciden al referirse al matrimonio en Roma, es en el hecho esencial de que el propio matrimonio romano ha tenido en todos los tiempos un carácter rigurosamente monogámico (7).

II.- EL MATRIMONIO EN LA EDAD MEDIA.- El feudalismo

- (6) Datos tomados de Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, Trad. de José Fernández González, México, 1977, Editorial Epoca, S.A., p.103 y sigs., y Guillermo F. Margadant S., el Derecho Privado Romano, México, 1979, Editorial Esfinge, S.A., p.207 y sigs.
- (7) Pedro Bonfante, Instituciones de Derecho Romano, Madrid, 1939, p.180.

mo imprimió a la Edad Media su sello característico, con especial repercusión en la organización familiar.

Si bien es cierto que al crearse diferencias entre los miembros de la familia, se suscitan celos y envidias por los odiosos privilegios nacidos de la primogenitura y los mayorazgos, también lo es que en esta época, al irse afirmando el poder de la Iglesia, se consolidó el matrimonio monogámico y se elevó definitivamente a la categoría de sacramento con su singular efecto: La indisolubilidad (8).

En esta materia de matrimonio que nos ocupa, el Medievo se distingue fundamentalmente por haber gustado el llamado matrimonio canónico. Ahí, según la concepción canónica el matrimonio es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de una unión de Cristo con la Iglesia, y, como ésta, indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que

(8) D' Aguanno, Ob. cit., p.441. - 18 -

genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento, y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble. Así, según las palabras del Evangelio, los cónyuges no son ahora sino una misma carne, y la unión no se puede disolver si no es por la muerte. Tal es la base teológica de la relación matrimonial y se pretende conciliar con ella la base jurídica, misma que se estructura con las definiciones y pasajes de las fuentes romanas, pero genera consecuencias muy diversas. Así pues, interpretando los textos en que se hace alusión al "consensus" en oposición a la cópula, algunos juristas o curiales, si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él la idea religiosa, ven en el mismo un contrato, porque creen que el consensus, que en los pasajes romanos significa "affectio maritalis", equivale a acuerdo o convención, es decir, contrato (9).

Una breve pero atinada definición ha sido elaborada respecto del matrimonio canónico: "Es la

(9) Roberto de Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, Madrid 1929, Ed. Reus, Vol. II, p. 718-719.

unión legal, elevada por Cristo a sacramento, de un hombre y una mujer para la comunidad de vida recíproca y perpetua, espiritual y corporal" (10).

La regulación canónica del matrimonio, que se inicia en el siglo IX, se generaliza a lo largo de los siglos siguientes, y sólo empieza a restringirse cuando surgen las nuevas orientaciones religiosas dimanadas de la iglesia anglicana y el protestantismo, así como los principios del Derecho Natural. En efecto, desde el punto de vista del protestantismo. Lutero califica al matrimonio como una "cosa externa, mundana, como el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular" (11).

En cuanto a la Iglesia Galicana, sostuvo en Francia, desde el siglo XVI, una teoría teológico-jurídica que separaba dentro del matrimonio el contrato del sacramento: La regularización del contrato es competen-

(10) A. Knecht, cit. por José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral, Madrid, 1941, Tomo III, p. 470.

(11) Lutero, cit., por Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado de Derecho Civil, Trad. de Pérez González y Castán Tobeñas, Madrid, 1947, Casa Editorial Bosch, T. IV. Vol. I, p. 14.

cia exclusiva del Estado, pero es el supuesto para recibir el sacramento del matrimonio (12).

En lo que atañe al Derecho Natural, sus teóricos de los siglos XVII y XVIII niegan la naturaleza sacramental del matrimonio y toman del galicanismo la concepción del matrimonio como un "contractus civilis" (13).

Consecuentemente, la Reforma conmovió los cimientos mismos en que se erigía la Iglesia Católica, en razón de lo cual ésta empezó a perder su potestad, incluyendo, desde luego, la que privaba en el ámbito del matrimonio. Pero cabe aclarar que éste debilitamiento no fue tan notorio en España ni tampoco en Francia, pues en tales países siguió imperando el Derecho Canónico hasta mucho después; y no fue sino hasta en el curso del siglo XVI que empezó a notarse la coexistencia de dos legislaciones: una civil y otra religiosa para el matrimonio. En Inglaterra, por ejemplo, durante el gobierno de Cromwell se estable

(12) Lutero, cit., por Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado de Derecho Civil, Trad. de Pérez González y Castán Tobeñas, Madrid, 1947, Casa Editorial Bosch, T. IV, Vol. I, p. 14.

(13) Idem, misma p.

ció el matrimonio civil, y en Francia, durante los siglos XVI a XVIII, se fue esbozando toda una legislación civil tendiente al matrimonio no religioso, que habría de desembo- car en la secularización de las nupcias llevadas a cabo por la Revolución Francesa (14). Pero ello será examinado en el siguiente inciso.

III.- EL MATRIMONIO EN EL ANTIGUO DERE- CHO FRANCES.- Los pensadores franceses del siglo XVIII (Montesquieu, Voltaire, Rousseau) partían de la premisa de que el hombre es un ser racional y libérrimo, por lo que de ella se derivaba directamente el criterio de conside- rar al matrimonio como un mero contrato. Y siendo éste un simple contrato cabría siempre el recurso del distracto, ya que así como había libertad para formarlo, también debía existir libertad para rescindirlo.

Sobre esta base filosófica, en 1791 se dictó en Francia una Constitución en la que se contempla- ba al matrimonio como un contrato civil, y en 1792 se sancio

(14) D' Aguanno, ob. cit., p. 442.

nó una ley admitiendo el divorcio absoluto por mutuo consentimiento y aun contra la voluntad de uno de los cónyuges, por incompatibilidad de caracteres.

Pero, esta tendencia liberatoria, respecto del matrimonio tuvo poca duración, toda vez que una década más tarde, cuando se discutía el proyecto de Código Civil Francés, se sostuvo que la naturaleza asociaba al hombre por medio del matrimonio a su obra creadora y que las nupcias llevaban implícitas un carácter de permanencia para el logro de su doble fin, de organizar la familia y perpetuar la especie. Y fue así como el Código de Napoleón, optando por una posición transaccional, aunque mantuvo la secularización del matrimonio y admitió el divorcio, solamente lo hizo para casos excepcionales; llegándose más tarde, cuando cae Napoleón, a su total supresión (15).

Tras la legislación revolucionaria o derecho intermedio, que había terminado por liquidar el sistema feudal, surgía en Francia, con mayor intensidad

(15) Maseaud, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Buenos Aires, 1959, Parte Primera, Vol. III, p. 34.

que nunca la necesidad de unificar el Derecho Civil. Con ese propósito se sucedieron varios proyectos de un Código Civil. Pero la codificación sólo pudo concretarse por obra de Napoleón. Este designó en 1800 una comisión integrada por cuatro miembros -Tronchet, Portalis, Malleville y Bilot de Preameneau- que en el mismo año concluía su trabajo. Inmediatamente comenzaron las discusiones, pero ante la franca oposición del tribunado, Napoleón creyó prudente suspender la deliberación y retirar el proyecto. Pero, reestructurada en número y composición, la asamblea se abocó nuevamente a la consideración del problema apoyando el proyecto.

El Código hallábase integrado por treinta y seis leyes sancionadas y promulgadas sucesivamente entre marzo de 1803 y marzo de 1804. Se dieron tres ediciones oficiales a la publicidad en breve tiempo. La primera, de 1804, denominábase "Code Civil des Français" y usaba las expresiones cónsul y república; la segunda, de 1807, llamábase "Code de Napoleón" y empleaba los términos emperador e imperio; y la tercera, de 1816, titulábase nuevamente

"Code Civil" y sustituía aquellos vocablos por los de rey y reina.

Este Código comprende un título preliminar y tres libros que tratan: De las personas, de las cosas y de los diversos modos de adquirir la propiedad. Las Costumbres, el Derecho Romano, el Derecho Canónico, las Ordenanzas Reales y la Legislación Revolucionaria constituyen el fundamento de su contenido, siendo notable el espíritu de moderación que lo inspira, pese a haber sido sancionado en una época de profundas transformaciones sociales.

La influencia de este Código en Europa fue tan extraordinaria que apenas quedó fuera de ella el Derecho Anglosajón (16).

En el aspecto que nos interesa, observamos que este Código asume la relevante importancia de haber sistematizado el examen legal del matrimonio laico, poniendo así de relieve que el matrimonio es una institución de

(16) Juan Carlos Smith, "Código Civil Francés", en Historia del Derecho, Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1974, Analo, S.A., Tomo XIV, p. 211-212.

suprema importancia en los órdenes social y civil, y que como es de carácter jurídico, también debe ser jurídico el contrato que lo genera, y jurídicas las relaciones que de él dimanar, correspondiendo, por tanto, al Estado, como superior órgano declarativo y ejecutivo del derecho, la reglamentación del matrimonio en todos sus aspectos, primordialmente en su celebración. Por lo demás, también puso de relieve dicho Código que la doctrina del laicismo no afecta el carácter religioso del matrimonio, porque puede separarse la regulación que a él corresponde como sacramento -y atañe a la Iglesia- de la que le toca como contrato, que es exclusiva del Estado. Es de agregarse que igualmente destacó el Código Francés que la forma más conveniente de matrimonio es aquélla que puede ser aplicable a todos los ciudadanos, en razón de que esta solución es congruente con los principios de libertad de conciencia y de igualdad civil, que suponen la exclusión de todo sectarismo religioso (17).

Toda vez que las normas reguladoras del matrimonio contenidas en la citada codificación han

(17) Castán Tobeñas, ob.cit.,p. 494.

sido acogidas por la mayor parte de las legislaciones modernas, en lo sucesivo del presente trabajo tendremos oportunidad de refererirnos a no pocas de esas propias normas que han pasado a ser herencia de la obra jurídica napoleónica.

IV.- EVOLUCION HISTORICA DEL MATRIMONIO

EN MEXICO.- La primera vez en que la legislación mexicana se refirió al matrimonio, fue con ocasión de la ley que estableció las oficinas del Registro Civil, expedida el 27 de enero de 1857, pues en ella se disponía que una vez celebrado el sacramento ante el párroco, los consortes debían presentarse al Oficial del Registro Civil a registrar el contrato de matrimonio.

Pero poco después, al evolucionar la ideología liberal, el presidente Juárez decretó en forma definitiva, mediante disposición del 23 de julio de 1859, que el matrimonio era un contrato civil y que los negocios civiles del Estado eran independientes de los eclesiásticos. Consecuentemente, a partir de esa fecha se reconoce que "el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita

y válidamente ante la autoridad civil" -como decía el citado decreto-, en el que se agregaba que por su importancia social, tal contrato debía celebrarse con todas las solemnidades previstas en la ley.

En el artículo 15 del propio decreto en cita, y como parte de las formalidades previstas, se estableció que el encargado del Registro Civil haría ver a los contrayentes, en presencia de los testigos, que formalizada la franca expresión del consentimiento y leídos los artículos del 1o. al 4o., quedaba concluido el matrimonio, debiendo manifestarles: "Que el matrimonio es el único medio de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo, que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano. Que el matrimonio no existe en la persona sola, sino en la dualidad conyugal. Que los casados deben ser y serán sagrados el uno para el otro, aún más de lo que es cada uno para sí. Que el hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar y dará a la mujer protección, alimento y dirección tratándola siempre como

a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil esencialmente cuando este débil se entrega a él, y cuando por la sociedad se le ha confiado. Que la mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, consuelo, asistencia y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca irritable y dura de sí mismo. Que el uno y el otro se deben y tendrán respeto, deferencia, fidelidad, confianza y ternura, y ambos procurarán que lo que uno esperaba del otro al unirse con él no vaya a desmentirse con la unión..."

Tal texto es conocido como la "Epístola de Melchor Ocampo", por haber sido su autor este distinguido liberal (18).

Los artículos que debían ser leídos a los contrayentes literalmente expresaban:

(18) Dato tomado de: Enciclopedia de México, Director José Rogelio Alvarez, México, 1977, T.8, pp. 690-691.

- "1.- El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contratantes, previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquélla y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio.
- 2.- Los que contraigan el matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a los casados.
- 3.- El matrimonio civil no puede celebrarse más que por un solo hombre con una sola mujer. La bigamia y la poligamia continúan prohibidas y sujetas a las mismas penas que les tienen señaladas las leyes vigentes.
- 4.- El matrimonio civil es indisoluble; por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo 20 de esta ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas."

Las causas de esta separación temporal, de conformidad con el citado artículo 20, eran las siguientes:

- 1.- El adulterio;
- 2.- La acusación de adulterio injustificado;
- 3.- El concúbito con la mujer contrario al fin esencial del matrimonio;
- 4.- La inducción al crimen;
- 5.- La crueldad excesiva del marido con la mujer, o de ésta con aquél;
- 6.- La enfermedad grave y contagiosa de alguno de los esposos; y
- 7.- La demencia de uno de los esposos, cuando ésta sea tal que fundadamente se tema por la vida del otro (19).

Otra normativa que aludió al matrimonio fue la contenida en el decreto del 5 de enero de 1861, por lo que se determinó la tolerancia de los cultos, prescribiendo que la autoridad pública no intervendría en los actos y prácticas religiosos concernientes al matrimonio; pero dejando claramente establecido que el contrato que de esa unión dimanaba quedaba exclusivamente sometido a las leyes; esto es, que los matrimonios religiosos no tienen validez legal.

(19) Dato tomado de Felipe Tena Ramírez, Leyes Fundamentales de México, 1800-1976, México, 1976, Editorial Porrúa, S.A., p.642 y sigs.

También aludió al matrimonio la Ley del Registro del Estado Civil, que estableció la obligación de registrar dicho contrato, habiendo prohibido a los eclesiásticos celebrar matrimonios religiosos sin que antes se les hubiesen presentado los certificados del Registro Civil.

En el Código Civil de 1870, que estuvo vigente desde el 10. de marzo del año siguiente hasta el 31 de marzo de 1884, se confirmó que el Estado y la Iglesia son independientes entre sí y que el matrimonio es un contrato civil. Estas mismas disposiciones fueron ratificadas el 14 de diciembre de 1874, al promulgarse la Ley Orgánica de las Adiciones y Reformas de la Constitución Federal del 25 de septiembre de 1873, que elevaron las normas relativas al matrimonio a la categoría de ley constitucional.

El Código Civil de 1884 mantuvo la prescripción de que el matrimonio es un contrato civil de la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso

de la vida y para compartir su común destino.

La fracción novena del artículo 23 de la Ley del 24 de diciembre de 1874, que mantuvo la tradición del Código Civil del Distrito Federal de 1870, establecía que el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, sino sólo suspendía algunas de las obligaciones civiles; pero esta disposición fue modificada por decreto del 29 de diciembre de 1914, en el sentido de que el matrimonio puede disolverse durante la vida de los cónyuges, por mutuo y libre consentimiento o por causas graves fijadas por la ley, dejándolos hábiles para una nueva unión legítima.

El 9 de abril de 1917 se expidió la Ley Sobre Relaciones Familiares, que estuvo en vigor hasta la publicación del Código Civil de 1928, vigente a partir del 10. de octubre de 1932, Ley en la cual se reiteraban las citadas disposiciones de 1914, y mismas que confirmo plenamente el aludido Código, agregando además a la idea contractualista, el aspecto patrimonial, al establecer que - el matrimonio debe realizarse bajo el régimen de separación

de bienes, suprimiendo la Sociedad Conyugal (20).

En efecto, y como afirma el maestro Rojina Villegas, en el derecho mexicano, "a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, se sustenta el criterio perfectamente humano de que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad y, especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural". En consecuencia, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones de paternidad, maternidad y patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles el Código vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores. Así, en la regulación jurídica del parentesco, de los alimentos, del nombre, del domicilio, de los derechos y obligaciones de los hijos, del sistema hereditario de la sucesión legítima, de la patria potestad y de la tutela, no vuelve a partir nuestra ley de la distinción entre los hijos naturales y legítimos, sino que equipara para todos los efectos lega-

(20) Enciclopedia de México, ya cit., T. 8, p.691.

les en las distintas instituciones mencionadas a esa clase de descendientes (21).

De esta breve referencia histórica nuestra, se infiere que en el México Independiente el matrimonio "nace" con tendencia al laicismo, de suerte que el carácter laico de la unión conyugal es bien pronto proclamado, al llegar al Gobierno Don Benito Juárez, siguiéndose desde entonces ese lineamiento esencial.

Por otra parte, se observa que la Ley de Relaciones Familiares, si bien resta en alta medida la hasta entonces primordial trascendencia del lazo matrimonial, esencialmente al establecer el divorcio vincular y equiparar a los hijos legítimos y naturales, humaniza a plenitud, justo por tales innovaciones, la totalidad del Derecho Familiar, sentando así un valioso precedente que sería continuado en la legislación subsiguiente.

Para el constituyente de 1917, el matri-

(21) Rafael Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, México, 1971, Editorial Porrúa, S.A., PP. 275-276.

monio siguió siendo considerado como contrato civil, de la competencia exclusiva de la autoridad civil y de conformidad con las leyes correspondientes (Art. 130 párrafo III Constitucional).

En nuestro Código Civil de 1928 se detalló el conjunto de características de dicho contrato matrimonial y de la institución del matrimonio nacida de él. El acta matrimonial levantada por el oficial del Registro Civil; el certificado médico prenupcial; las capitulaciones matrimoniales en las que debería señalarse el régimen de bienes; equiparación en cuanto a los derechos entre los hijos legítimos y nacidos fuera de matrimonio; reconocimiento de alguno de los efectos jurídicos producidos por el concubinato; equiparación de las causales de divorcio "en lo que se refiere al hombre y la mujer"; establecimiento del divorcio por mutuo consentimiento y la organización detallada de la tutela, fueron los puntos más importantes de este Ordenamiento Legal, como lo menciona su correspondiente Exposición de Motivos. Sin embargo lo que más resalta es la institución del divorcio, que, "disuelve el vínculo

del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". (Art. 226)

Este punto fue la continuación de la novedad jurídica, introducido por la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que en su artículo 75 expresamente señaló, con redacción idéntica y textual, lo que estableció posteriormente el citado Código Civil de 1928 sobre el divorcio:

"El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Como se ve, son redacciones idénticas. En su tiempo fue novedad jurídica porque rompió la tradición legal de nuestro País, en la que nunca se aceptó un divorcio como rompimiento vincular, ni en la época colonial ni en la Epoca del México Independiente hasta la época porfiriana.

CAPITULO SEGUNDO

El Matrimonio Como Contrato Juridico

- I. El Matrimonio Como Hecho Social.
- II. El Matrimonio Como Acto Juridico.
- III. Naturaleza Juridica del Matrimonio.
- IV. Elementos del Matrimonio.

I.- EL MATRIMONIO COMO HECHO SOCIAL.-

La generalidad de los autores sostiene que el matrimonio debe prevalecer sobre la unión libre. ¿Qué sería de una sociedad sin el matrimonio?, se pregunta Mazeaud, y responde: "Únicamente el matrimonio asegura la estabilidad necesaria para la vida de una familia", y recuerda la frase de Kierkegaard: "Solamente el matrimonio permite al amor encarnarse en la duración humana", para concluir expresando: "Los esposos se entregan uno a otro para el presente y para el porvenir, para las alegrías y para las penas que se ayudarán a soportar" (22).

Pero nada de eso existe en la unión libre, si bien ésta se distingue de la simple unión, fortuita y sin ulterioridad ("stuprum"), e igualmente del concubi-

(22) Henri, León y Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Vol. III, La Familia, Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1976, Ediciones Jurídicas Europa-América, pp. 51-52.

nato, que implica cierta continuidad de las relaciones: "La unión libre supone, además de esa continuidad relativa, una comunidad de vida; pero esa comunidad es frágil; queda a merced de la voluntad arbitraria de cada uno". En este punto, son de recordarse certeras palabras de Lecomte de Nouy: "La dignidad humana ha nacido de ese dominio establecido sobre la libertad para elegir entre la saciedad de los apetitos y el impulso hacia la espiritualidad" (23).

La problemática de la unión libre suscita cierta dosis de peligro social, especialmente entre la clase obrera y en las grandes poblaciones, pues produce una tendencia antimatrimonial, y como consecuencia, un índice mayor de madres solteras.

La unión libre es menos susceptible a críticas cuando asume la forma de concubinato, pues tiene entonces el atributo de una duración, así sea indeterminada. Es por ello que, como veremos en su oportunidad, el derecho le reconoce numerosos efectos, y ya en el Código Civil

(23) Cit. por Mazeaud, ob. cit., p. 52.

del Estado de Morelos se ha ascendido un grado más en esta regulación jurídica, facultando a la concubina para exigir alimentos durante el concubinato, siempre y cuando la unión sea de cinco o más años, o bien, que haya tenido hijos del concubino aun cuando no exista la citada duración. También se requiere que ambas partes sean célibes y la condición de singularidad en cuanto a que sólo exista una concubina (24).

En el Distrito Federal, la ley establece lo mismo, sin exigir la condición de singularidad de concubina y les concede también el derecho de heredarse recíprocamente si han vivido juntos como esposos los últimos cinco años anteriores a la muerte del de "Cujus" o cuando hayan tenido hijos en común, exigiendo como elemento indispensable que ambos hayan sido libres de matrimonio durante su concubinato, puesto que la nueva reforma equipara a los concubenarios con los cónyuges para este efecto de heredarse. Así lo establecen los vigentes artículos 302 y el primer párrafo del 1635 de nuestro Código Civil.

(24) Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia, México, 1975, Ed. Porrúa, p. 366.

Pero es en nuestro medio, y específicamente en la legislación civil del Estado de Tamaulipas, donde se ha previsto una singular especie de matrimonio, en que no hay inscripción ante el Registro Civil ni comparecencia ante nadie, pues se estima bastante para configurarlo la voluntad de las partes de vivir unidos un lapso indeterminado. Dicho ordenamiento ya fue derogado.

Trátase del artículo 70 del Código Civil de dicho Estado, que dispone que para los efectos de la ley "se considerará matrimonio la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre con una sola mujer".

El defensor más ardiente de esta nueva modalidad de matrimonio, en que falta toda formalidad, es el maestro Raúl Ortiz Urquidi, quien dedica al tema su tesis doctoral, editada por el Gobierno de Tamaulipas, justamente por tratar la citada innovación legal.

A continuación, procuramos sintetizar lo relativo a ese propio tema, expuesto por el citado autor,

ya que estimamos que se quiere dar jurídicamente el carácter de matrimonio a un mero hecho de carácter social.

No deja de aclarar el Dr. Ortiz Urquidí, al principio de su mencionada obra, que "el tema tiene la rara virtud según lo he comprobado en conversaciones aisladas con mis amigos, de escandalizar con su solo enunciado a quienes consciente o inconscientemente imbuídos de prejuicios ancestrales pretenden ver en esta forma matrimonial un desquiciamiento de la familia, puesto que apriorísticamente arguyen que no es más que la entronización del reinado del amor libre, quiero ante todo, con el deliberado propósito de intentar que se hagan a un lado tales prejuicios y preparar convenientemente el ánimo del lector ante la contemplación imparcial de la cuestión, adelantar que no hay nada más lejos de la verdad que aquel despropósito, ya que todo lo que al respecto hace la Ley de Tamaulipas es esto que no puede ser más plausible por humano, justiciero y beneficioso, por digno, valioso y elevado; en un encomiable plan de dignificar a la familia, dicha legislación eleva a la augusta categoría de matrimonio a las uniones en cuestión, y no al revés, al decir, nunca jamás, ni por

asomo, ha pretendido, ni pretende, rebajar al matrimonio al nivel de amasiato. Sus pruebas más concluyentes son: I. Que la repetida legislación mantiene en todo su vigor, mediante las disposiciones contenidas en los artículos 2149 al 2154 de su Código Civil, la institución de matrimonio solemne, ya que evidentemente a tal equivale la inscripción en el Registro que de las uniones matrimoniales establece, como se ha encargado de demostrarlo la práctica social tamaulipeca de todos los días, realizada en la forma de que cuando una pareja desea "solemnizar" su unión a la usanza del matrimonio civil al que estamos acostumbrados, la inscribe antes de consumarla, tomando este concepto, el de la consumación, claro está, en el conocido sentido jurídico canónico de la "copula carnalis" y II, que la propia legislación permite libremente la unión consensual, pero no libremente la desunión" (25).

Ante las críticas suscitadas por el novedoso precepto legal tamaulipeco, Ortiz Urquidi sostiene, en síntesis, los siguientes argumentos:

(25) Raúl Ortiz Urquidi, Matrimonio por Comportamiento, tesis doctoral, México, 1955, Ed. del Gobierno del Estado de Tamaulipas, pp. 10-11.

1.- El artículo multicitado no es anticonstitucional ni contrario a los imperativos del artículo 130 Constitucional, pues este mandamiento constitucional establece:

- a) Que el matrimonio es un contrato civil;
- b) Que tanto el matrimonio como los demás actos que fijan el 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
- c) Que, por ende, tendrá la fuerza y validez que las mismas le atribuyan.

Y el artículo 70 no dice que el matrimonio no sea un contrato civil, ni que esté sustraído a las leyes y a la competencia civil. La situación de hecho prevista en el artículo 70 constituye justamente una situación contractual en la que concurren para la configuración de un contrato, los elementos substanciales del consentimiento y del objeto. "Así que el artículo 70 no niega sino afirma que la citada unión es un contrato. Y lo que más se le podría atribuir es el criterio de que el matrimonio fáctico que describe es consensual, pero tan convenio es el revestido de formalidades, como el que, por autorizarlo así en

determinados casos la ley, se constituye por la sola manifes
tación de la voluntad de los interesados o el cumplimiento
voluntario."

Desde el punto del Derecho Civil, se
aprecia que el artículo 70 reúne tres elementos de hecho,
que son:

1.-

- a) La unión de un solo hombre con una sola mujer;
- b) La convivencia de esa pareja; y
- c) El trato sexual continuado de la misma (artículo 70); y

2.- Tres elementos legales, a saber;

- a) La voluntad, artículo 70. En relación con los artículos 10, 460 y otros;
- b) La capacidad (artículo 72); y
- c) El reconocimiento legal (artículo 70).

Pero, ¿cuánto tiempo ha de durar la
unión para estimarla como matrimonio legal?

El propio autor en cita responde a esto al expresar que "lo que importa es que tal unión no sea ni haya sido efímera, pasajera, sino que dure, independientemente de todo momento actual o pasado y hasta futuro, pues muy bien puede darse el caso de que al poco tiempo de que iniciada una unión bajo las condiciones de singularidad, estabilidad, notoriedad y permanencia, fallezca el marido y la mujer quede encinta, pongamos por ejemplo, y en cuyo caso creemos que es innegable la existencia de tal matrimonio". Pero de todas suertes, correrá a cargo de la autoridad judicial decidir en cada caso si la condición de estabilidad se llegó a realizar o no, pues como dice Le Reverend, en cuanto a la duración necesaria de esas relaciones para considerarlas estables, es cosa sobre la cual no se puede a priori dar una pauta, ya que tal calificación "dependerá de las circunstancias de lugar, tiempo, clase de personas afectadas, razón por la que verosímilmente no celebraron el matrimonio usual y cuantas más pueden ser tomadas en cuenta" (26).

(26) Eduardo Le Reverend, cit. por Urquidí, ob. cit., p.53.

De modo que lo que importa es que la unión no haya sido efímera, pasajera, sino que dure, "independientemente de todo momento actual o pasado."

En razón de todo lo expuesto, el autor en cita considera que la naturaleza jurídica del matrimonio previsto en el artículo 70 por el ordenamiento civil tamaulipeco, es la de un contrato consensual (27).

Con posterioridad, haremos la evaluación de este singular matrimonio, una vez que hayamos estudiado las diversas teorías que se refieren a la naturaleza jurídica del matrimonio civil tradicional.

Por ahora sólo agregaremos en este inciso que el matrimonio en general ha tenido las siguientes etapas histórico-sociológicas:

- A) Promiscuidad Primitiva.- Fue la forma rudimentaria de la organización de la familia, y en la -

(27) Urquidí, ob. cit., p. 62 y sigs.

cual, por razón lógica, la organización se estableció sobre la base de la madre;

B) Matrimonio por Grupos.- Tuvo su origen en la creencia mística derivada del totemismo, conforme a la cual los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí por descender de un solo tronco común, que era el "totem", en razón de lo cual consideraban que no podían contraer matrimonio con mujeres del propio clan, y de ahí la necesidad de unión sexual con mujeres de otra tribu.

C) Matrimonio por Rapto.- En éste, a la mujer se le consideraba como botín de guerra, adquiriéndola en propiedad el vencedor. Es precisamente entonces cuando la paternidad se define por la unión monogámica, ya que el marido es el jefe de la familia, sometiendo así a su autoridad a la esposa y a los hijos.

D) Matrimonio por Compra.- Este claramente indica que venía de la compra, por el marido, de la mu

jer, a la que adquiere en verdadera propiedad, reiterándose en esta etapa la potestad marital, la unión monogámica y la filiación en función de la paternidad.

E) Matrimonio Consensual.- En el que hay una libre manifestación de voluntades del hombre y de la mujer, que se unen para constituir un estado permanente de vida.

F) Matrimonio como Sacramento.- En el que concurren la manifestación de la voluntad de los cónyuges y la regulación canónica de la unión.

G) Matrimonio Civil Solemne.- Que es el que se contrae mediante la intervención del Oficial del Registro Civil, siendo el que ahora se considera tradicional (28).

Es precisamente este último el que en su oportunidad analizaremos a la luz del derecho mexicano.

(28) Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, Primer Curso, Parte General Personas. Familia, México, 1973, Editorial Porrúa, S.A., p.443 y sigs. Rojina Villegas, ob. cit., p. 198 y sigs.

II.- MATRIMONIO COMO -ACTO JURIDICO.- Pre

valeciendo sobre cualquier teoría, se reconoce como evidente que el matrimonio es un acto jurídico, pues es la manifestación de voluntad sancionada por el derecho para producir consecuencias jurídicas.

El matrimonio es un acto jurídico porque surge de la manifestación de la voluntad de los que lo contraen, acorde con las normas que lo regulan y, una vez realizado, produce las consecuencias jurídicas previamente establecidas en la ley.

Es conveniente, pues, referirnos por ahora sólo doctrinariamente al acto jurídico.

El género del cual forma parte es el hecho jurídico; y en este punto, debe decirse que hay hechos jurídicamente irrelevantes, pues no producen ninguna consecuencia de derecho, como v.g., la lectura de un libro; por lo contrario: son hechos jurídicos aquéllos que el derecho toma en consideración para atribuirles consecuencias

jurídicas. Por tanto, los hechos lato sensu son todas las conductas humanas o ciertos fenómenos de la naturaleza que el derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas.

Dos han sido las principales clasificaciones acerca de los hechos jurídicos, a saber:

- A) La Bipartita, de extracción francesa, que divide a aquéllos en actos jurídicos y hechos jurídicos-stricto sensu; y
- B) La Tripartita, que junto al acto y hechos jurídicos, hace figurar al negocio jurídico.

A') Clasificación Bipartita.- Los hechos jurídicos en estricto sentido, comprenden hechos del hombre o voluntarios y hechos naturales que producen consecuencias de derecho. Los hechos del hombre obviamente tienen también efectos jurídicos, pero siempre y cuando no preceda la intención de producirlos.

Estos hechos que no llevan el propósito

de producir consecuencias jurídicas, pueden ser lícitos o ilícitos. Los primeros son los cuasicontratos, es decir, los hechos de una persona permitidos por la ley, que la obligan hacia otra u obligan a otra hacia ella, sin que entre ambos exista ningún convenio; ejemplo, la gestión de negocios.

Los hechos del hombre (stricto sensu) ilícitos son los delitos y cuasidelitos penales y civiles. Se significan porque si el cuasicontrato es permitido por la ley, ellos la contravienen. Así, los delitos penales son los hechos intencionales que violan las leyes punitivas; en tanto que los cuasidelitos penales son los hechos imprudenciales que asimismo violan la ley penal.

Los delitos civiles son los hechos intencionales que violan normas del derecho civil. Los cuasidelitos civiles; los hechos voluntarios en que se quiere la conducta, pero no el resultado y que violan las normas del derecho civil. Pothier precisa que en los contratos, "es el consentimiento de las partes contratantes el

que produce la obligación; en los cuasicontratos no hay consentimiento; la ley o la equidad natural son las que producen el deber jurídico" (29).

En cuanto a los actos jurídicos, su elemento fundamental es la voluntad, pues en ella se basa el criterio definitivo principal entre los actos jurídicos y los hechos jurídicos (stricto sensu) del hombre, ya que en los primeros existe la nota común de la operancia plena de la voluntad (el autor quiere la conducta y el resultado), en tanto que en los segundos, el elemento de la voluntad es limitado, ya que se da la conducta, pero no se quiere su resultado o consecuencias.

La forma más usual del acto jurídico es el contrato, que es el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones.

B') Clasificación Tripartita.- Esta teoría sostiene que como especies del hecho jurídico lato

(29) Cit. por Julien Bonnetcase, Elementos de Derecho Civil, Trad. de José M. Cajica Jr., Puebla México, 1945, T. I, p. 164.

sensu, figuran no sólo el hecho stricto sensu y el acto, sino también el negocio jurídico.

Siguiendo en lo general, las directrices de la bipartita en cuanto al hecho y al acto jurídico, la teoría tripartita considera al negocio jurídico como la manifestación de voluntad de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van enderezadas a realizar el fin práctico de aquéllas.

Si bien el objetivo es de naturaleza pragmática, ello no quiere decir que debe ser necesariamente de orden económico, pues basta solamente que esté protegido por el derecho. Por ende, también son negocios jurídicos aquellas manifestaciones de voluntad dirigidas a constituir una relación de familia, como el reconocimiento, la adopción y, precisamente, el matrimonio (30).

Pero, desde luego, la noción más aceptada en casi todas las legislaciones es la de considerar

(30) Nicolás Coviello, Doctrina General del Derecho Civil, Trad. Felipe de J. Tena, México, p. 336 y sigs.

al matrimonio como acto jurídico, en cuanto "manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad" (31). Más específicamente, y como veremos posteriormente, el matrimonio es considerado generalmente como un contrato, es decir, como el acuerdo de dos voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones.

III.- NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.-

Se han atribuido al matrimonio distintas naturalezas jurídicas.

- a) Como decíamos, figura ante todo la teoría del acto jurídico, pues el matrimonio es la manifestación de la voluntad sancionada por el derecho para producir consecuencias jurídicas.

Dentro de esta concepción, el matrimonio

(31) Ernesto Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, Puebla,- México, s/f, p. 103.

es indudablemente un acto por excelencia bilate-
ral, en razón de surgir por el acuerdo de volun-
tades de los esposos y por las consecuencias
jurídicas que se darán en la esfera jurídica
de ambos consortes. Hay autores que lo conside-
ran plurilateral, pues argumentan que la mani-
festación de voluntad de los contrayentes debe
ir acompañada de la manifestación de voluntad
de la autoridad competente (Juez del Registro
Civil), considerada esta tercera manifestación
de voluntad como elemento de existencia del
matrimonio, de manera tal que la sola manifesta-
ción de los contrayentes es insuficiente para
que se realice el acto jurídico conyugal.

- b) El Matrimonio Como Contrato.- Los actos jurídi-
cos bilaterales se llaman convenios. El matrimo-
nio es un convenio porque es un acuerdo de
voluntades. Los convenios se subclasifican
en convenios en sentido estricto y en contra-
tos. Los primeros tienen por objeto modificar

o extinguir derechos y obligaciones, y los contratos, crear o transmitir consecuencias jurídicas. Así, el matrimonio es un contrato porque crea entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas.

Algunos autores afirman que el matrimonio escapa a la figura contractual, pues los contratos se refieren fundamentalmente al aspecto patrimonial de las relaciones jurídicas y el matrimonio es esencialmente productor de relaciones personales de carácter moral no patrimonial.

Esta crítica ha determinado que los defensores de la teoría contractualista argumenten que el matrimonio es un contrato, pero de naturaleza peculiar, de modo que se le llama entre otros modos como mixto, o de adhesión, o solemne, o suigéneris. Sara Montero afirma que todas esas definiciones son en parte verda-

deras, por lo que opta por definir al matrimonio como "un contrato solemne de derecho de familia y de interés público que hace surgir entre los que lo contraen el estado civil de casados, con todos los derechos y obligaciones determinados por el orden jurídico a través de la institución del mismo nombre" (32).

- c) El Matrimonio Como Estado.- El matrimonio establece entre los sujetos que lo contraen una comunidad de vida total y permanente. Tal atributo de la permanencia es precisamente el que configura la categoría de estado civil pues eso y no otra cosa es lo que se llama estado de las personas: Una situación de carácter permanente en el que se encuentra un sujeto en relación con la Nación, con los miembros de su familia o con el grupo social en que vive. El matrimonio hace guardar el estado civil de casados a los consortes, ante la

(32) Sara Montero Duhalt, Derecho de Familia, México, 1984. Editorial Porrúa, S.A., p. 113.

familia y frente a la sociedad. Este estado civil sólo puede cambiarse mediante las formas de extinción del ligamen, que son: Muerte de un cónyuge, la nulidad o el divorcio (33).

d) El Matrimonio es Acto del Poder Estatal.- Según esta teoría de Antonio Cicu, tiene muy especial importancia el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al Oficial del Registro Civil, y por él recogida personalmente en el momento en el que se preparan para el pronunciamiento; ya que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene valor jurídico; pues de ello se deduce que la ley no considera al matrimonio como contrato y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento; éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio.

(33) Sara Montero Duhalt, Derecho de Familia, México, 1984. Editorial Porrúa, S.A., p. 113

Una vez admitido que el interés que en la constitución de relaciones familiares sea interés del Estado, no se puede tener dificultad en considerar al matrimonio como constituido formalmente por acto del poder público. "Y no es dudoso, agrega textualmente el citado autor, que ésta fuese la meta de la evolución histórica: Es el Estado el que une en matrimonio" (34).

- e) El Matrimonio como Institución.- A decir de Rojina Villegas, "el matrimonio constituye una verdadera institución, por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y las obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será

(34) Antonio Cicu, El Derecho de Familia, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947, Ediar Sociedad Anónima Editores, p. 308 y sigs.

la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas" (35).

Pero, toda vez que a esta teoría destinamos el siguiente capítulo para su estudio detenido, dado que nos parece la más acertada, por ahora sólo nos limitamos a mencionar los aludidos conceptos del maestro citado.

IV.- ELEMENTOS DEL MATRIMONIO.- Como todo acto jurídico, el matrimonio está compuesto por elementos de existencia para que surja a la vida jurídica, y por elementos de validez para que sus efectos sean plenos y no haya lugar a la nulidad.

Los elementos de existencia del acto jurídico son: La voluntad, el objeto y las solemnidades. Los elementos de validez son: La capacidad de las partes, ausencia de vicios de la voluntad, licitud en el objeto, motivo y condición, y las formalidades.

(35) Antonio Cicu, El Derecho de Familia, Trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947, Ediar S.A., Editores, p. 210.

Los actos jurídicos se subclasifican en: unilaterales y bilaterales. Los primeros son aquéllos en que interviene para su formación una sola voluntad, o varias pero concurrentes a idéntico fin; ejemplos: testamento y remisión de deuda, sean uno o varios los acreedores que perdonan lo debido. Los actos bilaterales son los que para su formación requieren dos o más voluntades que buscan efectos jurídicos diversos entre sí; v.g., contrato de compraventa.

Los contratos son convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos; y ya decíamos que el contrato bilateral por excelencia es el matrimonio, conviniendo por ello que aunque esta doctrina del contractualismo está ya superada -según ratificaremos posteriormente-, examinaremos los elementos del contrato en general, pues no debe negarse que el aspecto contractual de la citada unión, aunque no es suficiente para explicarla, sí es un aspecto forzoso en el inicio del vínculo.

Digamos pues que el contrato en general

debe presentar los siguientes elementos de existencia:

- 1.- El acuerdo de voluntades o consentimiento;
- 2.- El objeto;
- 3.- Excepcionalmente, la solemnidad.

Y los siguientes elementos de validez:

- 1.- Capacidad de las partes que intervienen en el acto;
- 2.- Voluntad de las personas, libre y exenta de vicios;
- 3.- Licitud en el objeto, motivo y fin del acto que se celebra; y
- 4.- Observancia por las partes, de las formas prescritas por la ley (36).

En el matrimonio el elemento de voluntad se manifiesta en dos momentos: Primero, en la solicitud del vínculo, que se presenta ante el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los pretendientes; el segundo momento se da en la ceremonia misma de la boda, al responder afirmativamente los contrayentes a la pregunta

(36) Gutiérrez y González, ob. cit., pp. 136 y sigs.

en el sentido de sí acepta como cónyuge a la persona con quien se va a casar. Es en este segundo momento cuando se configura realmente el consentimiento.

En cuanto al objeto del matrimonio, consiste en establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo. En este punto, la Ley de Relaciones Familiares de 1917, definía al matrimonio por su objeto: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" (37).

Nuestro vigente Código, con mejor técnica, se abstiene de definir y únicamente establece los derechos y deberes que se adquieren por el matrimonio. Para no incurrir en repeticiones innecesarias, todos los elementos y aspectos del matrimonio en el citado ordenamiento en vigor, habremos de estudiarlos en el Capítulo Cuarto de este trabajo, precisamente destinado a esa finalidad;

(37) Montero Duhal, ob. cit., pp. 122-123.

puntualizando ahora solamente que el elemento contractual del matrimonio no llena ni con mucho su significación plena, si bien su concurrencia es forzosa para la constitución del ligamen.

CAPITULO TERCERO

Examen General de la Teoría Institucional.

- I. Concepto General de Institución.
- II. La Institución Desde el Punto de Vista Sociológico.
- III. La Institución Desde el Punto de Vista Jurídico.
- IV. Ubicación del Matrimonio.

I.- CONCEPTO GENERAL DE INSTITUCION.-

Desde un punto de vista general, el término "institución" (del latín "institutio-onis") tiene varias acepciones, a saber:

- 1.- Establecimiento o fundación de una cosa;
- 2.- Cosa establecida;
- 3.- Instrucción, enseñanza;
- 4.- Colección metódica de las primeras nociones de una ciencia, arte, etcétera;
- 5.- Organismos fundamentales de un Estado o Sociedad (38).

Tomando el significado más afín con nuestro estudio, observamos que las instituciones serán en términos amplios cada una de las organizaciones fundamen-

(38) Diccionario Enciclopédico de Selecciones del Reader's Digest, México, 1972, Tomo 4, p. 1953.

tales del Estado, nación o sociedad: Los órganos constitucionales del poder soberano de la Nación; las leyes fundamentales de un país que resultan de la Constitución, del derecho positivo o de la costumbre; pautas de comportamiento; instrumentos que gobiernan la ejecución de algo.

Las instituciones dan la idea de un universo ordenado y coherente que configura no sólo al Estado como un ente político primario, sino a la sociedad como continente de múltiples instituciones que detienen su desenfrenada sinergia para establecer su movimiento ordenado; desarrollándose históricamente como entidades capaces de evolucionar en su naturaleza, según las condiciones políticas e ideológicas que las rodean.

"Pero, también, las instituciones son, además de formas o estructuras de organización social, representaciones colectivas que siempre se valoran en alguna medida, y esa valoración constituye un elemento esencial de su eficacia. Así, la legitimidad de una institución, es decir, su conformidad con el sistema de valores de un

grupo dado, es uno de los fundamentos de su existencia" (39).

Como hemos de reiterar en posteriores incisos, la teoría institucional del Derecho constituye una reacción contra la posición contractualista, adoptando también una actitud sociológica, buscando un equilibrio entre lo individual y lo social, si bien partiendo de una base metafísica para fundamentar el principio de justicia. La Sociología resulta así ciencia auxiliar del Derecho, pues sólo cuando los hechos se han producido se valoran y clasifican, se puede construir sólidamente basándose en el principio de justicia, sin que estas construcciones se debatan en el aire.

Con tales caracteres, conocemos la teoría institucional del Derecho de Ihering, como interés jurídicamente protegido. El Derecho pues, no tiene por objeto tan sólo la distinción de lo mío y de lo tuyo, sino el discernimiento de lo nuestro; pues se parte de que los

(39) Horacio Lombardo A., "Institución", en Diccionario Jurídico Mexicano, ya cit., Tomo V, p. 137.

hombres llevamos una vida social y que, por la tendencia que tenemos a la solidaridad, nos vemos compelidos de una manera consciente o necesaria a agruparnos y constituir entes colectivos, que se llaman instituciones.

Adelantamos que a éstas, sin embargo, no las preside el principio de igualdad, como sucede en la relación contractual, sino que, por el contrario, se estructuran jerárquicamente, ya que cada uno de los individuos, en esas organizaciones sociales, cumple distintas funciones con arreglo a las diversas aptitudes y vocaciones. Se está entonces ante la figura jurídica de la institución. No es que con ésta se trate de desplazar la noción del contrato del campo del derecho, no; lo que aspira es a relegarle a la posición que le corresponde dentro del mismo, por cuanto que su papel se había desorbitado en la vida jurídica, hasta el extremo de fundamentar en él tanto la organización privada, como la pública. De ahí que se haya dicho que la institución viene a realizar cuatro categorías de objetos, a saber:

- 1.- Es el producto de una reacción contra las teorías voluntaristas y subjetivistas que fundan todo el Derecho en el contrato, como acuerdo de voluntades;
- 2.- La propia teoría institucional constituye también una reacción contra la teoría de la personalidad ficticia o moral;
- 3.- Se manifiesta igualmente como reacción contra una concepción del derecho excesivamente estática;
- 4.- Y señala un esfuerzo para presentar sobre nuevas bases ciertas concepciones de la Filosofía del Derecho (40).

Ahondaremos sobre esto en los incisos que siguen.

II.- LA INSTITUCION DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIOLOGICO.- También sociólogo, el jurista francés

(40) Lino Rodríguez-Arias Bustamante, "Institución", en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVI, p. 110.

Maurice Hauriou es el expositor más reconocido de la teoría sociológica de la institución. Principia dando la definición de ésta, al tenor siguiente:

"La institución es una idea de obra (es decir, práctica, de acción, de empresa) que se realiza y dura en un medio social".

Explica en seguida que esta idea de empresa es lanzada por uno o varios sujetos en un medio social, o sea, es comunicada a otros. Puede suceder que estos no le presten oídos, que no se sientan interesados, en cuyo caso ha caído en un medio social estéril y allí queda inoperante. Pero si los que la reciben se sienten estimulados por ella, de suerte que la acogen, la propician y la sirven con entusiasmo, su devoción y su actividad ha caído en un medio social que la fecunda y en el que fructifica.

Es entonces cuando, en virtud de la

realización de esta idea, se organiza un poder, que crea órganos; y, por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones de comunidad, dirigidas por los órganos del poder y reguladas por determinados procedimientos.

Surgida dicha organización y constituido el poder, la estructura y la finalidad del grupo se reinteriorizan en las conciencias de sus componentes, es decir, se reflejan en las conciencias de los sujetos que integran el grupo, en el sentido de suscitar en ellos un sentimiento y una representación de responsabilidad colectiva, mismos que consisten en que los sujetos se consideran como miembros del grupo, con ideas propias del grupo, con tareas a realizar por cuenta de éste, como representativos de éste (honor corporativo) y desempeñando funciones que no son propias y singulares de sus vidas en tanto que individuos, sino específicas de la colectividad y necesarias para el cumplimiento de los fines de la misma; cuando esto ocurre, la institución constituye una personalidad moral; con lo que se quiere decir que la institución representa un centro

de actividad distinto de los individuos que lo forman.

Pero, según añade Hauriou, "no todas las instituciones que llegan a constituir personalidades morales (en el citado sentido sociológico) tienen personalidad jurídica. La personalidad jurídica de los entes colectivos, a los que el Derecho se las concede, constituye una pura construcción jurídica; representa tan sólo un procedimiento creado por el Derecho para unificar externamente, hacia fuera, el conjunto de relaciones que integran el grupo. La personalidad jurídica es una especie de simple unificación construida por el Derecho, algo así como una especie de máscara que no traduce ni expresa fielmente la realidad social que hay debajo y a la que se aplica" (41).

Para llegar al estado institucional en que surge la personalidad jurídica, ha menester que tenga lugar un triple movimiento de incorporación, interiorización y personificación. La idea directriz la captan

(41) Maurice Hauriou, cit., por Luis Recaséns Siches, Tratado General de Sociología, México, 1970, Ed. Porrúa, S.A., pp. 431 a 433.

los individuos desde su posición subjetiva, por su carácter de objetividad; por ejemplo, los futuros cónyuges se ven compelidos a la realización del matrimonio atraídos por la "idea del hogar", o sea, se requiere que dicha idea pase del plano objetivo al subjetivo de los presuntos esposos, por la conmoción que opera en las conciencias individuales a su contacto.

Como es natural, esa traslación de la idea objetiva al estado de subjetividad, provoca en todos y cada uno de los miembros de la comunidad una tendencia a la acción, que en el ejemplo citado impulsa a la realización del matrimonio. La incorporación se produce cuando el elemento poder obra para el bien común en el cuadro de la idea directriz juntamente con las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo.

Es interesante destacar que en la institución, cuando los individuos se agrupan en torno a la idea directriz, tienen que posponer su egoísmo individual en pro de ese bien común que representa la idea objetiva

a la cual se adhieren, y encarnarla, movidos por la acción, dentro de la subordinación al poder que exige toda organización institucional. Esto es, una institución necesita de una organización, que la forja el elemento poder. El movimiento de la interiorización es el resultado de la acción de los miembros en el sentido de asegurar el elemento poder, para que la idea directriz perdure, se adapte y viva de una manera objetiva.

Finalmente, el movimiento de personificación tiende a ajustar la continuidad subjetiva, imprimiendo a la institución relevancia como unidad jurídica, con lo cual obtiene un triple beneficio la institución-persona: Poder expresarse, poder obligarse y poder ser responsable (42).

Recaséns Siches dilucida claramente la diferencia entre la personalidad social de los entes colectivos o instituciones y su personalidad jurídica, al expresar que "la personalidad social de los entes colec-

(42) Hauriou, cit. por Rodríguez-Arias, Ob. cit., p. lll.

tivos -aparte de que tengan o no personalidad jurídica- constituye algo relativamente difuso o difuminado, que podemos concebir en su conjunto, pero sin perfiles rigurosos y exactos. Es lo contrario de lo que ocurre con la personalidad jurídica, la cual está rigurosamente delimitada y perfilada por las normas del Derecho, que crea un centro ideal de imputación, que constituye un sujeto ideal dibujado con toda precisión. Pero, sin embargo, la índole de esa personalidad colectiva -puramente sociológica- es análoga a la de la personalidad jurídica, si bien mucho más embrionaria y menos dibujada que ésta, pues consiste también en constituir una especie de centro común de imputación de conductas realizadas por sujetos de carne y hueso, las cuales no son atribuidas a dichos sujetos, sino a la entidad. Así, por ejemplo, cuando un hombre actúa como directivo o como miembro de una institución (sin personalidad jurídica), esa conducta se practica no como algo individual, sino como una función del grupo, y se atribuye a éste, y crea una responsabilidad para éste. Ello es así, porque la organización del grupo consiste precisamente en ese proceso de atribución o imputación unificada de las varias

conductas que lo integran, no a sus respectivos sujetos, sino al grupo como grupo. Ahora bien, esta imputación tiene lugar no en virtud de una norma de términos precisos e inequívocos -cual ocurre en la personalidad jurídica-, sino en virtud de unas formas de vida objetivada social que así lo señalen, formas que de ordinario son menos exactas que las del Derecho. Y sobre todo son normas que rigen el interior del grupo, pero que pueden no tener vigencia en las relaciones de éste con el exterior, es decir, con los demás hombres y con los demás grupos. No obstante, se trata de un proceso análogo al de la personalidad jurídica, bien que menos cristalizado que el de ésta. Es decir, la contextura de lo que llamamos personalidad social de los entes colectivos consiste también en un especial expediente de imputación, ocurriendo en este tema lo que en muchos otros: Que lo jurídico representa la maximalización de los caracteres de lo colectivo, su culminante intensificación, su expresión extrema" (43).

Así pues, las sociedades humanas se

(43) Luis Recaséns Siches, Tratado General de Filosofía del Derecho, México, 1978, Editorial Porrúa, S.A., pp. 278-279.

ofrecen estructuradas, pareciéndose a un edificio más bien que a un montón de piedras; y son las instituciones las que determinan la arquitectura de este edificio. Por eso se le define como el conjunto de las formas o estructuras fundamentales de organización social, tales como han sido establecidas por la ley o la costumbre de un grupo humano. En tal sentido, las instituciones poseen una influencia en este terreno a grado tal que algunos autores, como Le Play y Fustel de Coulanges, han tratado de explicar la vida política a través de las instituciones familiares (44).

Consecuentemente, se descubre así la gran trascendencia de la institución desde el punto de vista sociológico.

III.- LA INSTITUCION DESDE EL PUNTO DE -
VISTA JURIDICO.- Pero, ya decía Recaséns que la maximalización de las instituciones es su apreciación jurídica. Y es interesante observar cómo se desarrolla ese proceso.

(44) Maurice Duverger, Introducción a la Política, Barcelona 1976, Editorial Ariel, p. 96.

por obra de la sistemática jurídica, que se funda en la jurisprudencia técnica.

Esta última "tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación" (45).

La citada disciplina ofrece dos aspectos esenciales: Uno teórico o sistemático; otro técnico o práctico. En el primero, es una exposición de las reglas jurídicas que pertenecen a un ordenamiento temporal y espacialmente circunscrito; en el segundo, el arte de la interpretación y aplicación de las normas (legales o consuetudinarias) que lo integran. Así, la jurisprudencia técnica es una doctrina del orden positivo, ya que no versa, como la teoría jurídica fundamental, sobre la esencia del derecho, ni estudia los valores del mismo, como la Axiología Jurídica, sino que se reduce a la sistematización de las reglas que

(45) Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho, México, 1978, Ed. Porrúa, S.A., p. 124.

constituyen determinado ordenamiento, e indica en qué forma pueden ser resueltos los problemas que su aplicación suscita.

La jurisprudencia técnica, en su citado aspecto teórico, es una disciplina nomográfica cuyo objeto estriba en exponer, de manera ordenada y coherente, las disposiciones, consuetudinarias, jurisprudenciales y legales, que integran cada sistema jurídico.

Y tal exposición la realiza en la siguiente forma:

Por principio de cuentas, es indispensable clasificar esas disposiciones, tomando como criterio no su forma o estructura lógica, sino el contenido. El procedimiento no ofrece dificultades, porque los preceptos que componen los distintos sistemas de derecho reglamentan relaciones de índole diversa de importancia desigual. Los juristas romanos fueron los primeros en abordar el problema, de suerte que a ellos se debe la división -todavía aceptada

en lo general- que separa los preceptos jurídicos en normas de derecho público y de derecho privado. Estas dos ramas son luego subdivididas en disciplinas especiales: El derecho público, en constitucional, administrativo, penal y procesal; el privado, en civil y mercantil. Al lado del derecho público y del derecho privado internos, encontramos un derecho público y un derecho privado internacionales, y relativamente a los últimos, se hacen subclasificaciones semejantes a las de los primeros (derecho penal internacional, derecho mercantil internacional, etc.).

Mas la tarea de sistematización no termina al ser agrupadas las reglas del derecho en disciplinas especiales, toda vez que debe continuar en el ámbito de cada una de ellas. De acuerdo también con un criterio de índole material, tales disciplinas son divididas en varias partes, cada una de las partes generales posee asimismo un sistema. Se forma agrupando las reglas jurídicas en instituciones, siendo, pues, institución "el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza" (46).

(46) Idem p. 128.

Pueden citarse como ejemplos de instituciones, las normas relativas a la hipoteca, al matrimonio, la filiación, el contrato de seguros, la sociedad mercantil, etc., etc.

Según clasificación de Du Pasquier, las instituciones pueden ser secundarias o principales. Las primeras se agrupan alrededor de las segundas y representan subdivisiones o especies de un género común. Por ejemplo, el contrato de aprendizaje es institución secundaria en relación con el de trabajo (47).

De nuestra parte agregamos a lo expuesto, que en tiempo relativamente reciente ha surgido una tercera gran parte del derecho que figura junto al público y al privado: El social, al cual debemos hacer referencia especial desde ahora por sus repercusiones en nuestro tema central, que abordaremos en el próximo capítulo.

Se observa que el dicho nuevo derecho
(47) Cit. por García Maynez, ob. cit., p. 128.

tiene las siguientes características:

- a) No se refiere a los individuos en general, sino en cuanto integrantes de grupos sociales o de sectores de la sociedad bien definidos: Obreros, campesinos, trabajadores independientes, gentes económicamente débiles, proletarios, desvalidos.
- b) Sus normas tienen un marcado carácter protector de las personas, grupos o sectores que caen bajo sus disposiciones.
- c) Sus normas son de índole económica, pues regulan fundamentalmente intereses materiales (o los tienen en cuenta: Leyes culturales), como base del progreso moral.
- d) Trata de establecer un complejo sistema de instituciones y de controles para transformar la contradicción de intereses de las clases sociales en una colaboración pacífica y en una convivencia justa (48).

(48) Lucio Mendieta y Núñez, El Derecho Social, México, 1967, Editorial Porrúa, S.A., p. 54.

por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo" (51).

Las ramas fundamentales del Derecho Social son: El Derecho del Trabajo, el Derecho Agrario, el Derecho de Seguridad Social, el Derecho de Asistencia Social, el Derecho Social Económico, el Derecho Social Cultural. Y teniendo todas ellas, así como otras subramas a las que en su oportunidad aludiremos, los rasgos distintivos ya citados, permite considerar al Derecho Social (general) como una nueva especie del Derecho.

En efecto, como ya decíamos, desde la antigua Roma, el Derecho Público era el que atañía a la organización de la "Cosa Pública", siendo actualmente el conjunto de ordenamientos que se refieren a la organización del Estado, a su funcionamiento, a los servicios públicos y a las relaciones del Estado con los individuos para

(51) Ob. Cit., pp. 66-67.

En razón de tales objetivos genéricos, el Derecho Social ha sido definido como "una ordenación de la sociedad en función de una integración dinámica, teleológicamente dirigida a la obtención de mayor bienestar social, de las personas y de los pueblos, mediante la justicia social" (49); o bien, como "el conjunto de principios, instituciones y normas que en función de integración protegen, tutelan y reivindican a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles" (50).

Pero parece ser más atinada la siguiente definición del maestro Mendieta y Núñez:

"El Derecho Social es el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados

(49) Francisco González Díaz Lombardo, El Derecho Social y la Seguridad Social Integral, México, 1978, Textos Universitarios 'UNAM, p.51.

(50) Alberto Trueba Urbina, Derecho Social Mexicano, México, Editorial Porrúa, S.A., P. 309.

llegado a contemplar innúmeras instituciones, inclusive de carácter familiar.

IV.- UBICACION DEL MATRIMONIO.- Según lo expuesto en el inciso inmediato anterior, desde el punto de vista jurídico la institución viene a ser un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico, persiguiendo una finalidad de interés público.

Tales caracteres son atribuibles al matrimonio, pues, en efecto, está regulado como un todo orgánico en la parte correspondiente del Código Civil (Título Quinto, capítulo primero del Libro Primero) y en lo relativo a las actas del Registro Civil, el Título IV, capítulo II del Libro Primero del mismo Ordenamiento.

En tales normas se establecen los diferentes aspectos del matrimonio, a saber, en general:

- a) Requisitos para contraerlo;
- b) Derecho y deberes derivados del mismo;

delimitar la esfera de acción de aquél frente a estos.

Tales caracteres no se compaginan con el Derecho Social, pues éste sólo se ocupa de la protección de grupos sociales marginados, sin tener nada que ver con los servicios públicos ni con la organización del Estado.

Por otra parte, el Derecho Social tampoco puede clasificarse dentro del Derecho Privado, pues aun cuando regula intereses y relaciones de individuos particulares: Obreros, campesinos, proletarios, etc., no lo hace como el Derecho Privado, que considera las relaciones de los particulares entre sí, sino que estima a los individuos en su calidad de integrantes de agrupamientos o sectores de la sociedad. Por todo ello, debe situarse al Derecho Social junto al Derecho Público y al Derecho Privado, como una tercera gran especie del Derecho en general.

Importa mucho haber puesto de relieve lo anterior, porque como veremos, el Derecho Social ha

- c) Unos y otros existen con independencia de la voluntad de los sujetos;
- d) Dimanan directamente de la ley; y
- e) En forma imperativa.

Los requisitos para contraer matrimonio tienen que ser forzosamente cumplidos y si por alguna circunstancia se incumplen, el matrimonio estará afectado de nulidad, bien absoluta o ya relativa, y, en algunos supuestos de excepción, el incumplimiento de determinados requisitos no acarreará la nulidad sino solamente se declarará que es ilícito, pero no nulo.

Una vez contraído el enlace legal, nacen para los cónyuges, independientemente de su voluntad, ciertos derechos y deberes recíprocos derivados directamente de la ley, "por ser el matrimonio una auténtica institución jurídica en la que la voluntad de los sujetos es inoperante en ese sentido" (52).

(52) Montero Duhalt, ob. cit., p. 114.

Efectivamente, sobre tal aspecto ordena el artículo 147 del citado Código Civil que "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta"; y el artículo 182 previene que "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio".

La teoría institucional del matrimonio es de sólida consistencia, pues ya Bonnacase había expresado que el matrimonio es una institución, y dentro del concepto de institución se explica no sólo la celebración del mismo, sino todos los efectos jurídicos que nacen, "ex lege", del acto y del estado propiamente dicho.

Así, la institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente

del mismo y a las direcciones que le imprime el derecho
(53).

Pero abundaremos sobre esto en el siguiente capítulo del presente trabajo, inciso IV.

(53) Julian Bonnecase, La Filosofía del Código de Napoleón, Aplicable al Derecho de Familia, Trad. de José M. Cajica, Puebla, México, 1945, pp. 204-205

CAPITULO CUARTO

El Matrimonio en el Derecho Mexicano.

- I. Requisitos de Existencia y de Validez del Matrimonio.
- II. Relación de Impedimentos Para Contraer Matrimonio.
- III. La Nulidad y la Ilicitud del Matrimonio.
- IV. La Teoría Institucional y el Matrimonio.

Conclusiones.

I.--REQUISITOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.- Son tres los elementos de existencia del matrimonio: La voluntad, el objeto y la solemnidad.

a) La Voluntad.- Toda vez que el matrimonio requiere de la voluntad de ambos cónyuges, ha de integrarse un consentimiento expreso. Y esa doble voluntad se manifiesta en dos momentos, a saber: El primero, al hacerse la solicitud de la unión ante el Oficial del Registro Civil correspondiente (el del domicilio de cualquiera de los contrayentes); el segundo momento se da en la ceremonia misma de la boda, al contestar afirmativamente los contrayentes a la interrogación del Oficial en el sentido de si acepta a la persona como cónyuge. Se dice con acierto que es en este último momento

cuando se configura realmente el consentimiento, pues ante el supuesto de que uno de los pretendientes contestara negativamente la citada pregunta del Oficial, el consentimiento no se integraría y, por ende, no habría matrimonio.

- b) El Objeto.- La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 definía al matrimonio por su objeto:

"El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

En la actualidad, el objeto se reduce -si así puede decirse- a establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo, pues la perpetuación de la especie ya no se considera objeto "sine -

qua non", ya que son perfectamente válidos los matrimonios de personas que por su edad, o especiales circunstancias no pueden o no quieren procrear.

Inclusive desde el nivel constitucional ya se establece una especie de lineamiento en este sentido, al expresar el artículo 4o. de la Carta Magna de 1917 (por reforma de 31 de diciembre de 1974) que "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

Tal texto fue transcrito en el párrafo segundo del artículo 162 del Código Civil, pero en el primero de esta última disposición parece contemplarse un objeto concreto del matrimonio, ya que expresa:

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

Este objetivo de socorrerse mutuamente sugiere ya el objeto genérico de "comunidad total y permanente entre los casados" (54), aunque es de aclararse que esta alta finalidad no está descrita en la ley sino que es una apreciación doctrinaria, que describe a la perfección y muy suscitadamente el ideal matrimonial.

c) La Solemnidad.- La solemnidad requerida por el matrimonio está especificada en el artículo 102 del Código Civil, al disponer que "...el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos

(54) Montero Duhalt, ob. cit., p. 123.

de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad".

Una segunda formalidad la previene el artículo 103, pues expresa que se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

- 1.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;
- 2.- Si son mayores o menores de edad;
- 3.- Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;
- 4.- El consentimiento de estos, de los abuelos o tutores, o de las autoridades que deban suplirlo;

- 5.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que este se dispensó;
- 6.- La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la ley y de la sociedad;
- 7.- La manifestación de los cónyuges de que contra en matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;
- 8.- Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes los contrayentes, y si lo son, en qué grado y en qué línea;
- 9.- Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo 102 del propio Código Civil;
- 10.- El acta será firmada por Juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos, y las demás personas que hubieren intervenido si supieran y si pudieran hacerlo. En el acta

se imprimirán las huellas digitales de los
contrayentes.

Todos estos requisitos son de existencia
porque si no se cumplen, el matrimonio no se
llevará a cabo, o si se efectuó faltando uno
o varios de los mismos, el matrimonio no existirá
como acto jurídico y no podrá producir las conse-
cuencias procedentes.

En cuanto a los elementos de validez
del matrimonio, son: La capacidad, la ausencia de vicios
de la voluntad, la licitud en el objeto y las formalidades.

a) Capacidad.- La capacidad de goce alude a la ap
titud para la cópula entre los contrayentes,
que la ley fija en la edad requerida para
contraer matrimonio (artículo 148.- "Para
contraer matrimonio el hombre necesita haber
cumplido dieciseis años y la mujer catorce.
El Jefe del Departamento del Distrito Federal

y los Delegados, según el caso, pueden conceder dispensa de edad por causas graves o justificadas".).

Respecto a la capacidad para contraer matrimonio, capacidad de ejercicio, los menores de edad requieren el consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela (artículos 149 y 150 del Código Civil). Tal consentimiento puede ser suplido por la autoridad administrativa cuando los ascendientes o tutores lo nieguen sin causa justa.

- b) Ausencia de Vicios de la Voluntad.- La voluntad ha de estar exenta de vicios. El error vicia el consentimiento si recae sobre la persona del contrayente, cuando entendiendo celebrar matrimonio con persona determinada, se contrae con otra (artículo 235, fracción I, del Código Civil).

La violencia consiste en la fuerza o miedo graves; tiene especial importancia en el caso del rapto, porque la voluntad de la persona raptada no puede expresarse con libertad, hasta que se la restituya a lugar seguro, donde libremente pueda expresar su voluntad (artículo 156, fracción VII, del Código Civil).

c) Licitud en el Objeto.- Hay ilicitud en el objeto, tratándose de matrimonio:

1.- Si existe parentesco por consanguinidad, afinidad o por adopción, entre los cónyuges;

2.- Si ha habido adulterio entre las personas que pretendan contraer matrimonio, siempre que este adulterio haya sido judicialmente comprobado;

3.- El atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que

queda libre; y

4.- La bigamia (artículo 146, fracción III, IV, V, VI y X del Código Civil).

d) Las Formalidades.- Son formalidades en el matrimonio (requisitos de validez) las siguientes:

1.- La solicitud que previamente han de suscribir y presentar los contrayentes;

2.- La mención del lugar y la fecha en el acta de matrimonio, así como la edad, ocupación y domicilio de los contrayentes;

3.- La constancia de que son mayores o menores de edad, y en este segundo caso, de que se prestó el consentimiento de los padres;

4.- La constancia de que no existe impedimento para celebrar el matrimonio; y

5.- La mención del régimen patrimonial de los consortes, así como los nombres,

apellidos y ocupación de los testigos (artículos 102 y 103).

Como ya vimos que tales artículos se refieren básicamente a solemnidades, es conveniente citar éstas de corrido, para que se aprecie la precisa distinción que hace el maestro Rojina Villegas. Son solemnidades, que han de constar en el acta, las siguientes:

- 1.- La expresión de voluntad de los consortes de unirse en matrimonio en presencia del Juez del Registro Civil;
- 2.- La manifestación de éste en el sentido de declarar a los contrayentes unidos en matrimonio;
- 3.- La existencia del acta en el libro del Registro Civil, así como los nombres y firmas de los contrayentes y del Juez del Registro Civil (artículo 250 del

Código Civil). (55).

II.- RELACION DE IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.- Los impedimentos están mencionados en las diez fracciones del artículo 154 y en los artículos 157, 158, 159 y 289 del Código Civil, y son los siguientes:

- 1.- La falta de edad (como ya hemos visto, la mujer debe tener por lo menos catorce años cumplidos y el varón dieciséis años; pero es impedimento si no ha sido dispensada esa falta de edad, según el artículo que ya dejamos transcrito con anterioridad);
- 2.- La falta de consentimiento de quien debe darlo (los representantes legales de los menores o el juez en su caso) (artículos 149 a 152);
- 3.- El parentesco por consanguinidad en línea recta sin limitación de grado y en la colate-

(55) Rojina Villegas. Ob. cit., Tomo II, Vol. I, p. 369.

- ral hasta el segundo grado (hermanos y medios hermanos). El parentesco por consanguinidad en tercer grado (tíos-sobrinos), si no se obtiene previamente la autorización judicial;
- 4.- El parentesco por afinidad en línea recta sin limitación de grado;
- 5.- El adulterio habido entre dos personas que pretenden contraer matrimonio, judicialmente comprobado;
- 6.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
- 7.- La fuerza o el miedo grave y el rapto;
- 8.- El uso habitual de alcohol y demás drogas. La impotencia incurable y ciertas enfermedades peligrosas para la salud del cónyuge sano y para la posible descendencia.
- 9.- El idiotismo y la imbecilidad;
- 10.- El matrimonio subsistente;

- 11.- El lazo de adopción entre los que pretendan casarse mientras no sea disuelto;
- 12.- El plazo legal de trescientos días que debe observar la mujer, después de extinguido su matrimonio por muerte, divorcio o nulidad.
- 13.- La relación de tutela entre tutor o tutriz y pupilo o pupila; y
- 14.- Un divorcio previo al matrimonio. En este caso el divorciado debe de esperar uno o dos años, para contraer nuevo matrimonio.

Si un matrimonio se contrae, no obstante algún impedimento, ya dependerá de cuál de estos se trata para saber si operó la nulidad absoluta, o la relativa, o si solamente resultó ilícito. Pero a dicho estudio destinamos el siguiente inciso.

III.- LA NULIDAD Y LA ILICITUD DEL MATRIMONIO.- Dentro de las numerosas direcciones doctrinarias que el estudio de la nulidad ha suscitado, destaca la de

Bonnecase, que es precisamente la que adoptó nuestro derecho. Conviene, pues, resumirla en seguida.

Dicho autor sostiene que hay inexistencia cuando al acto jurídico le faltan uno o todos los elementos orgánicos o específicos, es decir, esenciales o de definición. Tales elementos son de dos clases: El psicológico, que se representa por la manifestación de voluntad del autor (consentimiento, si hay dos partes); y los materiales, que son: El objeto y la forma, cuando ésta tiene carácter de solemnidad.

Faltando, pues, uno o los tres elementos, deviene la inexistencia del acto, asumiendo éste los siguientes caracteres:

- 1.- No engendra, como acto jurídico, ningún efecto;
- 2.- No puede convalidarse por confirmación ni por prescripción;
- 3.- Todo interesado tiene derecho a invocarla;

- 4.- No precisa la declaración de inexistencia;
- 5.- No es necesario comparecer ante autoridad para pedir que sea declarada;
- 6.- Sólo puede constatarse por parte del juzgador;
y
- 7.- Sólo puede argumentarse como excepción.

Continúa afirmando dicho autor que si el acto inexistente, jurídicamente considerado, no produce ningún efecto, en cuanto hecho material sí es susceptible de tener consecuencias jurídicas, como, por ejemplo, sucede cuando alguien ha vendido una casa que estaba destruida por un incendio, pues entonces no realiza un contrato de compra-venta; es decir, este contrato es un acto jurídico inexistente por falta de objeto. Pero si el vendedor de la casa destruida incurrió en fraude para con el comprador, y si le ocasionó un perjuicio, impidiéndole, v.g., adquirir otra casa que le ofrecían, este vendedor es responsable, como consecuencia de sus acciones materiales, ante su pretendido comprador. Pero ninguna persona pretenderá que

esta responsabilidad se deba a un acto jurídico.

Respecto a la nulidad, Bonnecase manifiesta que la hay cuando el acto jurídico se ha realizado imperfectamente en uno de sus elementos orgánicos, aunque estos se presenten completos; y también cuando el fin perseguido por los autores del acto está condenado por la ley, o implícitamente prohibido por ella, por contrariar el orden social. A dicha nulidad absoluta, le reconoce los caracteres fijados por la doctrina clásica, o sea: Que puede ser invocada por todos los interesados; que no desaparecería ni por la confirmación ni por la prescripción; que una vez pronunciada por sentencia no deja ningún efecto detrás de ella (56).

Prosigue Bonnecase que junto a esa nulidad absoluta se da la relativa, que es toda la que no corresponde rigurosamente a aquélla. Este es un punto de partida que conduce a hacer colocar en la categoría de las nulidades relativas, nulidades clasificadas tradicio-

(56) Caracteres mencionados también por George Lutzesco, Teoría y Práctica de las Nulidades. México, 1945, Editorial Porrúa, S.A., p.57 y sigs.

nalmente entre las nulidades absolutas; de esta manera se evita especialmente una contradicción cierta o una explicación arbitraria. "Un acto nulo está destinado a ser conde- nado un día u otro por una decisión judicial y, por conse- cuencia, a quedar finalmente ineficaz; pero no es nulo y, por lo tanto, no será ineficaz sino en la medida fijada por la ley" (57).

Como ya expresábamos, el Código Civil vigente siguió casi en su integridad la teoría de Bonnecase, pues, en efecto, respecto de la inexistencia, el artículo 2224 estatuye que "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexis- tencia puede invocarse por todo interesado".

En lo que respecta a las nulidades, el citado ordenamiento define en substancia la nulidad absoluta y por exclusión la relativa. Los artículos relati-

(57) Julian Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, Trad. José M. Cajica, Puebla, México, 1945, Tomo II, p. 269 y sigs.

vos expresan:

"Art. 8o.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

"Art. 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente - cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interés y no desaparece por la confirmación o por la prescripción".

"Art. 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente todos sus efectos".

"Art. 2226.- La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la - violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

Ya con estas bases generales sobre nulidad, observamos que en materia de matrimonio hay dos posiciones teóricas: De la especialidad de las nulidades y de la aplicabilidad de los principios generales.

La primera sostiene que, dadas las singularidades propias del matrimonio, sólo deben ser causas de nulidad las expresamente previstas en la ley; o sea, no puede haber nulidades de matrimonio sin norma que la establezca en forma expresa. "Es derogación notable del derecho común -expresa Planiol-. En cualquier otro caso se admite que la nulidad puede ser virtual o táctica. Siempre que la ley prohíbe algo, lo que se haga en violación de esta prohibición será nulo. Sin embargo, no es lo mismo

para el matrimonio... La anulación del matrimonio es una medida peligrosa, que crea un profundo desorden en las familias, desorden irreparable para unos y de escándalo para otros. El legislador se ha reservado el derecho de decidir si la violación de la ley es de tal gravedad que justifique tal rigor, y no ha querido dejar nada a los riesgos de los debates judiciales..." (58).

Las otras posiciones doctrinarias sostienen que la teoría general de las nulidades debe aplicarse, sin derogaciones, al matrimonio, sobre todo porque así se preservan principios tan importantes como el del respeto a la voluntad. "Dos intereses se enfrentan -dice Mazeaud:- La protección de la voluntad, que aseguraría la aplicación de la teoría general de los vicios del consentimiento, y la estabilidad de la familia, que manda rechazar esa aplicación" (59).

Como en seguida veremos, nuestro Código Civil

(58) Marcel Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Trad. José M. Cajica, Puebla, México, Tomo II, p. 188.

(59) Ob. cit., p. 102.

adopta una solución mixta, pues independientemente de que establece las causas específicas de nulidad del matrimonio, permite la aplicación de la teoría general para fijar en los distintos casos si es absoluta o relativa.

El artículo 235 del Código Civil señala tres causas de nulidad: El error sobre la persona, la existencia de impedimentos y la falta de formalidades que deben observarse en la celebración del matrimonio.

La primer causa de nulidad citada se extingue si el cónyuge que se encuentra en el engaño no lo hace valer inmediatamente que lo advierta (artículo 236). Ello, por la abstención del cónyuge engañado se tiene por ratificación, tácita del matrimonio; apreciándose por ello que la propia causa lo es de nulidad relativa.

En cuanto a la segunda causa de las señaladas, puede provenir de los siguientes impedimentos:

1.- Incapacidad para contraer matrimonio por

falta de edad no dispensada (artículo 156, fracción I del Código Civil), que se funda en la presunción de falta de capacidad para la procreación, por lo que desaparece inmediatamente que hay embarazo;

2.- Falta de autorización para el matrimonio, causa que desaparece cuando presta el consentimiento alguno de los familiares autoridad que menciona el artículo 150;

3.- El parentesco, según términos a los que ya hemos hecho referencia;

4.- Adulterio;

5.- Coacción moral. La acción de nulidad corresponde al cónyuge ofendido y puede ser ejercida dentro de los sesenta días que sigan a la celebración del matrimonio (artículo 245);

6.- El atentado contra la vida de uno de los cónyuges;

7.- El alcoholismo, la toxicomanía, o los estados patológicos.

Debe señalarse que éstas son causas de nulidad cuando existen al momento de celebrarse el matrimonio; pues si sobrevienen después, constituyen causas de divorcio.

8.- Bigamia (subsistencia de un matrimonio anterior). Esta causa de nulidad es insalvable y puede hacerse valer en cualquier momento, tanto por el cónyuge del primer matrimonio, como por sus hijos o herederos y por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio; incluso, puede hacerla valer el Ministerio Público (artículo 248 del Código Civil).

Respecto de la causa genérica de falta de formalidades, tiene la singularidad de que el acto de celebración del matrimonio que se llevó a cabo en forma irregular, puede tener validez si existe el acta matrimonial, levantada en los registros del estado civil, cuando contenga los datos necesarios para probar que se celebró el matrimonio y que las partes prestaron su consentimiento ante el Juez del Registro Civil que autorizó esa celebra-

ción (artículo 250 del propio Código Civil).

En lo que atañe a la ilicitud del matrimonio, previene el artículo 264 que es ilícito pero no nulo el matrimonio:

- 1.- Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa; y
- 2.- Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289 (60).

Independientemente de las causas específicas de nulidad a que hicimos referencia, es susceptible

(60) "Art.159.- El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o que está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, si no cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y el tutor".

"Art.158.- La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse este tiempo desde que se interrupió la cohabitación".

"Art.289.- En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio".

de aplicación al matrimonio lo expuesto de manera general para las nulidades en los distintos actos jurídicos; es decir, serán nulidades absolutas en materia matrimonial las que reúnan las tres características que enumera el artículo 2226 del Código Civil, consistentes en la naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad, en la imposibilidad de convalidar el acto por ratificación expresa o tácita para que desaparezca la nulidad y en la posibilidad de que todo interesado pueda hacer valer la acción. En cambio, serán nulidades relativas aquéllas que no reúnan las tres características mencionadas, aun cuando se presenten dos de ellas, constando por lo tanto que la acción sea prescriptible, como ocurre en la mayoría de las causas de nulidad en el matrimonio, o bien, que el acto pueda convalidarse por ratificación expresa o tácita, o, finalmente, que la acción sólo se conceda al directamente perjudicado (61).

No obstante esta aplicabilidad de las nulidades en general al matrimonio, es obvio que el legislador previó

(61) Rojina Villegas, ob. cit., p. 357.

una normativa específica en esta materia, debido a la relevante importancia social, política y jurídica e inclusive moral, del propio matrimonio, base de sustentación de la familia.

IV.- LA TEORIA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO.- Fundamentalmente, a través del tiempo, se ha sostenido que el matrimonio es un contrato y, contrariamente, que es una institución. En este debate, no debe olvidarse que fue precisamente el carácter contractual el estandarte de los revolucionarios franceses para tornar disolubles las nupcias, y que, en cambio, la Iglesia siempre consideró al matrimonio como una institución y un sacramento.

Un buen número de autores se pronuncia por considerar que el matrimonio es ambas cosas a la vez: Contrato e institución.

Y dicen que es un contrato porque existe acuerdo de voluntades destinado a regular derechos, y se critica esta posición argumentando que solamente pueden

los contrayentes prestar su consentimiento, y que una vez que eso ocurre, será la ley que prescindiendo de la voluntad de las partes determinará las consecuencias legales (62).

Se dice también que es una institución (ya religiosa, ya civil, ya social) partiendo de la falta de acomodación de la unión conyugal al estrecho margen del contrato.

En este punto, Lagomarsino estima que, en efecto, el matrimonio es ambas cosas a la vez, es decir, un contrato (pero de derecho de familia) y una institución. Y manifiesta que se apresura a aclarar que ello es así por cuanto que con la voz matrimonio se está asignando dos cosas distintas. En efecto -agrega textualmente-, el matrimonio, en cuanto a su formulación jurídica positiva y en cuanto a los factores teleológicos que inspiran a la legislación a su respecto, bien puede ser considerado una institución, pero ello en cuanto se considere el problema desde el ángulo asignado, es decir, desde una postura (62) Louis Josserand, Derecho Civil, Buenos Aires, 1959, T.I, V.II,p.692

netamente objetiva e impersonal. Así contemplado el matrimonio, no tenemos duda que es una institución social; pero si tomamos en cuenta el acto que celebran los contrayentes para que sus vidas sean reguladas por esa institución, creemos que es también indudable que ellos realizan un acto jurídico que, por el ámbito en que se desenvuelve, será un acto jurídico familiar; y si ahondamos el análisis, y partiendo del género buscamos la especie, podremos decir que estamos en presencia de un contrato de Derecho de Familia, como lo son los esponsales o la adopción, por ejemplo (63).

Resulta, pues, obvio que al celebrarse el matrimonio hay un inicio contractual, que habrá de dar lugar a la aplicación de una completa reglamentación de las relaciones sucesivas en sus diversos aspectos. Puede así decirse que el ingrediente contractual del matrimonio es de suyo breve en relación con el ingrediente institucional.

(63) Carlos A.R. Lagomarsino, Matrimonio, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XIX, p. 158.

La posición más defendida dentro del campo institucional es la que contempla al matrimonio, desde el punto de vista del Derecho Civil, es decir, como conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Al respecto Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo. Así, el enlace entre las normas es de carácter teleológico, es decir, en razón de sus finalidades (64).

Reiteramos aquí que la institución en general es una idea de obra que se realiza y perdura jurídicamente en un medio social; y en virtud de la realización de esa idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos (65).

(64) Ihering, cit. por Rojina Villegas, Ob.cit.,(compendio)Tomo I, p.281.

(65) Hauriou, cit, por Rojina Villegas, idem, misma p.

Con base en tales fundamentos, puede decirse que el matrimonio, como idea de obra, representa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para el logro de las finalidades comunes que impone esa unión, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del propio matrimonio, en el cual ambos cónyuges pueden convertirse en órganos de poder, asumiendo igual autoridad, como ocurre en el sistema nuestro, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia, desde el matrimonio por rapto. La tesis de Hauriou -dice Rojina Villegas- aplicada al matrimonio, tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también el estado de vida que le da significación tanto social como jurídica y, finalmente la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma (66).

(66) Idem, p. 282.

Pero debe puntualizarse que la institución matrimonial se sitúa, obviamente, dentro del ámbito del derecho familiar, mismo que ha sido definido como: "El examen sistemático de las diversas reglas jurídicas que se ocupan del grupo familiar y de las relaciones de los diversos miembros de dicho grupo entre sí". (67).

Roberto de Ruggiero ha delimitado claramente la especificidad del Derecho Familiar respecto del Civil, pues expresa lo siguiente: "De las distintas partes en que según la tradición escolástica que arranca de la doctrina romana, se subdivide el derecho privado, la del derecho de familia es la que ofrece un carácter más singular. Todo concurre a imprimirle esta especialidad; tanto, que parece que el derecho de familia se destaca y separa de las demás ramas del derecho privado; su historia, su fundamento racional y social de sus instituciones, el marcado carácter ético de sus normas, sus relaciones con el derecho público, la estructura interna de sus relaciones..." (68).

(67) Benjamín Flores Barroeta, Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil, México, 1965, Editorial Iberoamericana, p.285.

(68) Roberto de Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, Tomo Segundo, p.657.

Desde fecha relativamente reciente se ha dado un marcado carácter público al Derecho de Familia, tanto en la doctrina como en las legislaciones. Tal movimiento, tiende a la organización jurídica familiar desde un punto de vista público, trascendente, y hasta se han elaborado códigos y proyectos de códigos específicos de la familia, sobre todo como medidas esforzadas para la protección y conservación del grupo familiar, actualmente tan desintegrado.

Entre esos dos puntos de vista, (uno, considerando al derecho familiar como privado, y el otro, como público), me permito estimar que también puede ser considerado el matrimonio como Institución de Derecho Social, de ese nuevo complejo jurídico al que hacíamos alusión en pasado capítulo. Y ello, porque en nuestro País un porcentaje notoriamente mayoritario se encuentra compuesto por matrimonios de escasa capacidad económica, de suerte que sus componentes requieren, en muy diversas formas, la protección del Derecho Social, inclusive hay ya autores (69) Flores Barroeta, ob. cit., p. 286.

que han ubicado a la familia en cuanto tal dentro de la tutela de dicho Derecho. Así se observa en González Díaz Lombardo, quien considera como ramas del Derecho Social, las siguientes:

- 1.- Derecho Social del Trabajo y de la Previsión Social;
- 2.- Derecho Social Campesino;
- 3.- Derecho Social Burocrático;
- 4.- Derecho Social Militar;
- 5.- Derecho Social Profesional;
- 6.- Derecho de la Seguridad y el Bienestar Social Integral;
- 7.- Derecho Social Cooperativo;
- 8.- Derecho Social de las Mutualidades;
- 9.- Derecho de la Prevención Social.
- 10.- Derecho Social Corporativo;
- 11 Derecho Social Familiar;
- 12.- Derecho Social de la Infancia; y

13.- Derecho Social de la Juventud (70).

Y aún menciona otras ramas, pero lo que importa destacar es que incluye ya como rama de dicho Derecho al Familiar.

Y si el matrimonio es el núcleo formativo de la familia, debería considerársele, por lo menos en nuestro medio, en que las mayorías padecen carencias elementales, como institución de Derecho Social, sujeta, por ende, a la protección del Estado y de la sociedad.

(70) Benjamín Flores Barroeta, Ob. cit., p.55.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- El matrimonio, en cuanto a núcleo formativo de la familia, constituye la base de la estructura social.

SEGUNDA.- La trascendencia sociológica de la familia ha suscitado en nuestro País una tendencia moderna a equiparar las uniones libres con el matrimonio.

TERCERA.- Tal tendencia se ha manifestado ya en el ámbito legislativo. El artículo 70 del Código Civil del Estado de Tamaulipas contemplaba como matrimonio la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre con una sola mujer; aunque dicho ordenamiento ya está derogado, es un índice claro de dicha tendencia.

CUARTA.- Esta novedad legislativa también se descubre en el citado Código, cuando establecía

que el supuesto matrimonio no gozaba, desde el punto de vista jurídico, del elemento "solemnidad", consistente en su registro legal, y, desde el punto de vista ético-social, carecía del objetivo de permanencia puesto que sólo debería tender a ser permanente.

QUINTA.- La base extralegal del matrimonio solemne radica en la finalidad anímica de los contrayentes de que sea permanente, pues ello es base de la estabilidad de la propia unión y, consecuentemente, de la familia.

SEXTA.- El matrimonio está compuesto de dos ingredientes reguladores: El contractual, que es el minoritario y que se manifiesta al celebrarse el acto, y el institucional, que es mayoritario y que permanece durante todo el tiempo del ligamen conyugal.

SEPTIMA.- La flexibilidad de las nulidades en materia conyugal obedece a la importancia del matrimonio como base de las instituciones del Derecho Familiar.

OCTAVA.- Dada la trascendencia social, jurídica, política y ética del matrimonio, en contraposición a la teoría privatista del Derecho Familiar, ha tomado fuerza la teoría que lo considera como rama del Derecho Público y por tanto, exige una mayor intervención del Estado en la organización de la familia.

NOVENA.- El Derecho Social surge como una tercera gran rama del Derecho en General, y se singulariza por su finalidad proteccionista de los grandes núcleos sociales integrados por personas económicamente débiles.

DECIMA.- En razón de que en nuestro País los sectores ampliamente mayoritarios son de escasa capacidad económica, el matrimonio debe ser considerado como institución de Derecho Social.

Cicu, Antonio. Trad.
Santiago Sentfies Melendo.

Castán Tobeñas José.

Duverger, Maurice.

D' Aguano, José. Trad.
Pedro Doblado Montero.

Escriche, Joaquín.

Enneccerus, Kipp y Wolff.
Trad. Pérez González y Cas-
tán Tobeñas.

Flores Barroeta, Benjamín.

Floris Margadent, S., Gui-
llermo.

Galindo Garfias Ignacio.

El Derecho de Familia. Bu-
nos Aires, 1974.

Derecho Civil Español Común
y Foral. Madrid, 1941.

Introducción a la Política.
Barcelona 1976.

Génesis y Evolución de Dere-
cho Civil. Madrid, s/f.

Diccionario Razonado de Le-
gislación y Jurisprudencia.
París, 1863.

Tratado de Derecho Civil. -
Madrid, 1941.

Lecciones, Primer Curso de
Derecho Civil. México, 1965

Derecho Privado Romano.
México, 1979.

Derecho Civil Primer Curso
Parte General, Personas,
Familia, México, 1973.

- Ortiz Urquidí, Raúl. Matrimonio por Comportamiento. México, 1955.
- Petit, Eugene. Tratado General de Filosofía de Derecho Mexicano. México, 1978.
- Tratado General de Sociología. México, 1970.
- Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Puebla, México. s/f.
- Recaséns Siches, Luis. Tratado General de Filosofía de Derecho Mexicano. México, 1978.
- Tratado General de Sociología. México, 1970.
- Reader's Digest. Selecciones del Diccionario Enciclopédico. México, 1972.
- Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil Introducción, Personas y Familia. México, 1971.
- Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia. México. 1975.
- Rodríguez Lino Arias Busta- "Institución" Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, 1974.

Ruggiero, Roberto.

Institución de Derecho Civil. Madrid, 1929.

Smith, Juan Carlos.

"Código Civil Francés" en Historia del Derecho". Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, 1974.

Sohm, Rodolfo. Trad. Wenceslao Roces.

Instituciones de Derecho Privado Romano. México, 1975.

Trueba Urbina, Alberto.

Derecho Social Mexicano. México, 1978.

Tena Ramírez Felipe.

Leyes Fundamentales de México 1800-1976. México, 1976.