

870109

20
ley

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE GUADALAJARA

INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¿ES EL ACTO JURIDICO DEL MATRIMONIO
UN CONTRATO?

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JOSE DE JESUS RUIZ HIGUERA
GUADALAJARA, JALISCO 1986



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.

¿ ES EL ACTO JURIDICO DEL
MATRIMONIO UN CONTRATO ?

CAPITULO I
MATRIMONIO .

- ANTECEDENTES HISTORICOS.	1
- CONCEPTO.	11
- FINES, ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ.	15
- IMPEDIMENTOS - DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE DE EL SE DERIVAN.	25
- CLASES - FORMALIDADES.	47

CAPITULO II
NATURALEZA JURIDICA.

- EL MATRIMONIO COMO CONTRATO (ORDINARIO DE ADHE- SION).	60
- EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO (CONDICION MIX TA).	65
- EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION JURIDICA.	69
- EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO.	69
- EL MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL.	70

CAPITULO III
CONTRATOS.

- CONCEPTO.	71
- FINES, ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ.	71
- CLASIFICACION.	74

CAPITULO IV CONCLUSIONES	82
-----------------------------	----

¿ ES EL ACTO JURIDICO DEL MATRIMONIO
UN CONTRATO ?

INTRODUCCION

Desde el punto de vista de los fines esenciales del matrimonio, e incluso aún tomando una postura quizá un poco romántica de acuerdo a la época en que vivimos, en la que el matrimonio ya no es tomado con la seriedad que un acto de tal trascendencia merece, sino que desgraciadamente se va desvirtuando cada día, más de ninguna manera puede o se debe considerar como un contrato como erróneamente se le denomina en nuestros actuales Códigos Civiles. Atinadamente el Código Civil del Distrito Federal del año de 1884 en ningún momento se refiere a este trascendental acto jurídico de la persona, como un contrato, e inclusive en su "Título Quinto" referente al matrimonio "Capítulo I" Art. 155 dice que "El matrimonio es la Sociedad Legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con el vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Esta definición que del matrimonio nos da el Código antes citado, nos hace creer en dos cuestiones: Primero: que el matrimonio no es ninguna manera un acto de comercio o una transacción comercial en la que un hombre compra a una mujer para llevársela a su casa y hacer de ella lo que le plazca, o viceversa, que sea la mujer quien compra, sino que es una unión libre y de común acuerdo de un hombre con una mujer para perpetuar la especie, (que es uno de los fines esenciales del matrimonio) y ayudarse mutuamente para llevar una vida en común en lo que no cabría otro supuesto para llevar esta unión que no fuera el Amor.

Y la segunda es que el contrato crea o transmite derechos patrimoniales reales y personales y no puede de

ninguna manera crear derechos extra patrimoniales como lo son los de Estado Civil.

Ahora bien, es cierto que el matrimonio engendra - derechos y obligaciones, pero éstos de ninguna manera pueden considerarse como patrimoniales, ya que la obligación de fidelidad, vida en común, etc., no puede considerarse como tales.

Estas situaciones me llevan a pesar que el legislador de 1884 veía al matrimonio todavía con un sentido más espiritual y quizá un poco más humano que el legislador actual, y que por ejemplo en el Código Civil para el estado de Tamaulipas 1965, el matrimonio es considerado nuevamente y erróneamente como un acto meramente comercial o materialista y ya en ningún momento como algo también espiritual.

En el mencionado Código se hace alusión al matrimonio como si fuera a celebrarse un contrato común y corriente. Por ejemplo: en su Artículo 141 señala que "son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio"... como si fuera un contrato común de compra venta.

Con este trabajo pretendo aparte de disipar una duda personal respecto al tema, contribuir un poco a dilucidar el tema aunque sea sólo en un mínimo punto, consultando y comparando opiniones de diversos Juristas eminentes y que logré compilar. Esperando con esto aclarar el tema.

CAPITULO I.

MATRIMONIO .

- ANTECEDENTES HISTORICOS
- CONCEPTO
- FINES, ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ
- CLASES

El derecho Romano, base de la mayoría de los derechos del mundo, nos dice del Matrimonio los siguientes - conceptos:

Apuntes de Derecho Romano Curso I, Licenciado José Luis Villaseñor Dávalos, Ediciones U.A.G.

Guadalajara, Jalisco, México 1977.

En los textos romanos se emplean con frecuencia -- las palabras Matrimonio y "Nuptial", dándoles el mismo alcance. Sin embargo la diferencia entre ambos es notoria, ya que la palabra "matrimonio" se refiere a la convención de las partes y la reunión de voluntades mientras que la Nuptial se circunscribe a las ceremonias que acompañaban a la boda, a las que asistía la novia con un velo que cubría la cabeza: NUPTIAL A MUBERE.

Se ha dicho también que el matrimonio es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer. El matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la AFFECTIO MENTALIS. No es necesario -- por lo demás una convivencia afectiva; el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa, siem

pre y cuando uno y otro se guarden la consideración y el respeto debidos. Otra prueba de que la convivencia no se interpreta en sentido material sino ético, nos da el hecho de que el matrimonio puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer en la casa de éste; dando así - comienzo a la vida en común; a este procedimiento se le - llamaba deductio in domien mariti. No habfa matrimonio - en modo alguno, si la ausente era la mujer.

Sobre este elemento objetivo de la convivencia pre valece el subjetivo de la intención, de la affectio maritalis. A diferencia del matrimonio inicial, sino que es preciso el continuo o duradero. Además no está sujeto a formalidades de ningún tipo, cuáles serfan la celebración ante una autoridad, o la redacción de un documento.

Cuando falta la intención de ser marido y mujer - AFFECTIO MARITALIS - cesa el matrimonio. No siendo el matrimonio un acto jurídico, tampoco el divorcio puede considerarse como tal. El matrimonio romano fue siempre monogámico, y dentro del propio ambiente pagado fue reconocido ampliamente su alto valor social.

En los tiempos antiguos era frecuente que el matrimonio estuviese acompañado por el consentimiento de la mujer a la manus-convetio in manu- en términos de formar -- parte de la familia del marido. Tal no significa sin embargo que existiera un matrimonio CUMMANU y un matrimonio SINE MANU. El matrimonio no tiene más que una figura, ni la MANUS afecta, en modo alguno, a su propia esencia. Lo único que varfa es la posición de la mujer, que puede ser de UXOR IN MANU o la de SINE IN MANU CONVENTIONE UXOR.

Sin embargo hay que distinguir el matrimonio CUM -

MANUS y el matrimonio SINE MANUS.

MATRIMONIO CUM MANUS: Únicamente me referiré a la forma como se adquiría la manus. Se distinguan tres formas de adquisición que eran las siguientes:

· LA CONFARREATIO, LA COEMPTIO y el USUS.

LA CONFARREATIO: Esta forma sólo se reservaba a los Patricios, y consistía en ofrendar a Júpiter un pan de centeno, acompañado de palabras solemnes en presencia de los dos esposos, de diez testigos, del gran Pontífice y del Flaminio de Júpiter.

LA COEMPTIO: Era la forma de matrimonio plebeyo. Era una venta ficticia de la mujer a su marido, en presencia de cinco ciudadanos romanos PUBERES de un libre penporta balanza, y de los dos esposos, valiéndose de palabras sacramentales.

EL USUS: Resultaba de la cohabitación continuada del hombre y de la mujer, durante un año. La mujer podía evitar tal resultado separándose del lecho tres noches antes del fin de año, y esto se llamaba USURPATIO TRI NOCTII.

MANUS FIDUCIAE CAUSA: Se llamaba así, la manus -- que se constituía, para llegar a un cierto resultado jurfídico por un rodeo ingenioso, era algo análogo a la MANCIPIUM. Establecido FIDUCIAS CAUSA para llegar a la emancipación de un hijo de familia, se oponía a la Manus establecida en virtud del matrimonio, MATROMONII CAUSA. Esta forma se aplicaba principalmente a los siguientes casos :

1.- Para permitir a la mujer hacer testamento. Antes de Adriano, en efecto, una mujer no podía testar si permanecía en el seno de la familia de origen. Para llenar la condición necesaria, se daba a la mujer in manu a alguno, que se comprometía por un contrato de FIDUCIA a libertarla enseguida.

2.- Para cambiar de tutor, se daba in manu a la persona que quería tener como tutor. Así escapaba a su precedente tutor y recobraba su libertad por la emancipación, que operaba el cómplice, de conformidad con el contrato de FIDUCIA.

MATRIMONIO SINE MANU.- Ausencia de formalidades jurídicas.

El matrimonio SINE MANUS estaba dispensado de toda clase de formas jurídicas. Sin duda que iba acompañado de regocijo y de ceremonias religiosas o simbólicas, mejor dicho, pero nada tenía de obligatorio y no constituían una condición para la celebración del matrimonio.

Ahora bien, en la antigüedad había una clase de unión que generalmente era confundida con el matrimonio; esto era el concubinato, que aún perdura en nuestros días por lo que cabe diferenciar entre ambos conceptos.

El concubinato era una unión de orden inferior, -- que no elevaba a la mujer a la condición social de su mundo y que no hacía caer a los hijos bajo la patria potestad del padre.

EFFECTOS DEL CONCUBINATO.- La mujer era concubina y no UXOR; no se elevaba al rango de cónyuge. En el Bajo

Imperio se terminó por reconocerle un derecho de sucesión, por lo demás muy limitado. Por lo que respecta a los hijos, se llamaban LIBERI NATURALES y no LEGITIMI O JUSTI. Seguían la condición de su madre, y nacían SUI JURIS. El Derecho CRISTIANO mejoró su condición y nacimiento: a) Acordándoles derechos a alimentos y derecho de sucesión con respecto a su padre. b) Autorizando su legitimación.

DISTINCION ENTRE CONCUBINATO Y LA JUSTAE NUPTIAL.

Hemos visto que el matrimonio SINE MANU, no exigía para su celebración, más formalidades que el concubinato, entonces ¿cómo saber si la unión de un hombre y una mujer constituía un matrimonio o un concubinato?

SIGNOS EXTERIORES DEL MATRIMONIO.- Cuando había existido noviazgo, matrimonio, religioso, constitución de dote hecho constar por escrito, Instrumentum dotale, no había duda posible; se trataba de Matrimonio.

Pero ¿qué decir, fuera de estos casos? El matrimonio dicen los textos, no difiere del concubinato más que por la intención del marido, AFFECTUS MARITALIS. Pero queda una cuestión, ¿cómo conocer esta intención?

Hasta el Emperador Justiniano presumía que había matrimonio o concubinato según que las personas fueran de igual condición o condiciones diferentes. A partir de Justiniano se presumió siempre el matrimonio.

DEFINICIONES DE MATRIMONIO.- Las fuentes nos proporcionan dos definiciones de matrimonio. La primera es la de Modestino, según el cual NUPTIAE SUNT CONJUNCTIO MA--

RIS ET FEMINAE ET CONSORSIUM OMNIS VITAE DIVINI ET HUMANI IURIS COMUNICATIO . (Las nupcias son la unión del hombre y la mujer, consorcio para toda la vida, partición del derecho divino y humano). Esta definición no era acorde con la época porque en el bajo imperio los lazos del matrimonio se relajaron bastante con las costumbres del tiempo. El culto privado perdió su importancia y la Manus cayó en desuso, por eso la definición que da Justiniano en sus Institutas Matrimonium est vin et muliens conjuccio, individuum consuetudinem vital continens (El matrimonio es la unión del hombre y la mujer, que implica una costumbre individual de la vida). Esta definición ya no hace alusión a la Comunicatio divina y humana entre los esposos.

Además, ambas definiciones nada nos dicen sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, pero revelan fielmente su esencial característica.

INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO.- El Cristianismo no sólo influyó sobre las normas ya dictadas, sobre todo para servir a la religión misma, sino que las virtudes cristianas, de la virtud de la caridad a la castidad reiteradamente proclamadas en las constituciones del Bajo Imperio, llegaron a inspirar distintas normas jurídicas. Por eso, las leyes matrimoniales de Augusto que trataron de imponer por todos los medios posibles el matrimonio, tanto a los solteros como a los viudos, fueron derogadas y hasta las segundas nupcias se consideraban desfavorables por los legisladores. El divorcio tan extendido en la época clásica de Roma, fue entorpecido mediante sanciones patrimoniales contra quienes diesen lugar al mismo o contra quien repudiase sin justa causa a su cónyuge, e incluso se procuró impedir que sin una razón suficiente el ma-

trimonio pudiese disolverse de común acuerdo.

REQUISITOS PARA CONTRAER JUSTAE NUPTIAL.- Eran -- cinco los requisitos esenciales, a saber:

- a).- Consentimiento de los esposos.
- b).- Consentimiento del Pater familias.
- c).- Edad de la Pubertad.
- d).- Connubium , y
- e).- Ausencia del matrimonio no disuelto.

Como se puede ver, estos requisitos esenciales en la antigüedad son hasta la fecha si no los mismos textualmente, sólo son esenciales en cuanto al fondo de los mismos como a continuación lo vamos a ver, y en sí aunque no textualmente como ya lo dije antes, se encuentran contenidos en el Código Civil del D.F. , vigente en sus artículos 146 al 155 y del Código Civil del Estado en sus artículos 138 al 144.

A).- Consentimiento de los futuros esposos.- En la antigüedad no siempre tuvo la misma importancia, variando según la época ya que en un principio el único consentimiento legal era el del Pater familias, ya que se casaba a los hijos; no se casaban ellos a medida que se fue afirmando la personalidad del hijo, el consentimiento de los futuros esposos, aún bajo potestad, pasó a ser condición indispensable para el matrimonio. En la actualidad en nuestro Código este consentimiento se presupone y no hay necesidad de un artículo que lo especifique ya que como lo dije antes, es un supuesto lógico en nuestros días para llevar a efecto el matrimonio.

B).- Consentimiento del Pater familias.- Este con-

sentimiento era necesario en cualquier edad; las personas bajo su potestad necesitarían su consentimiento para casarse cualquiera que fuera su edad, era una consecuencia de la patria potestad y no como actualmente, una forma de protección para el futuro esposo cuando éste es menor de edad; esta disposición se encuentra en nuestro Código Civil del Estado en su Artículo 139 y del Código Civil del D.F. en su Artículo 149.

C).- Edad de Pubertad.- En un principio la edad de la pubertad se fijó para las mujeres de 12 años. Para los hombres, el sistema primitivo consistía en fijar de hecho, en cada caso en particular, la edad de la pubertad del hombre, y subsistió por mucho tiempo. Esta disposición resulta lógica ya que si uno de los fines o quizá el fin más importante del matrimonio es la perpetuación de la especie, resulta lógico que el matrimonio deba celebrarse entre personas aptas biológicamente para que dicho fin sea una realidad. En el Código Civil del D.F. esta disposición se encuentra en el artículo 148.

D).- El Connubium.- Era la aptitud legal para contraer justas nupcias. A este respecto existieron dos clases de incapacidades: Incapacidades Absolutas e Incapacidades Relativas.

a).- Incapacidades Absolutas.- Constitufan un obstáculo al matrimonio de una persona, con no importaba a cual otra persona.

b).- Incapacidades Relativas.- Constitufan obstáculo; era el matrimonio entre dos personas determinadas en virtud de circunstancias que les eran propias.

En la actualidad en nuestro Código también las hay y si no son las mismas, sí son muy similares.

c).- Ausencia de matrimonio no disuelto.- Los romanos observaron siempre la monogamia, como regla absoluta, por lo tanto los futuros esposos debían uno y otro -- estar libres de todo lazo matrimonial anterior, al momento de casarse.

Consecuencia de la Justae Nuptiae.- Los efectos -- jurídicos de la Justae Nuptiae eran los siguientes:

1.- Los cónyuges se deben fidelidad.- En este aspecto el Derecho Romano trata más severamente a la esposa que al marido, ya que la infidelidad de la mujer introduce sangre extraña en la familia. En las aventuras del marido siempre que no tenga lugar en la ciudad del domicilio conyugal, no son causa de divorcio; en cambio, la mujer adúltera comete siempre un delito público.

2.- Los cónyuges se deben mutuamente alimentos.- Esto se determina en vista de las posibilidades del que los debe y de las necesidades del que los necesita.

3.- La esposa tiene el derecho y también el deber de vivir con el marido.- Este puede reclamar la entrega de la esposa, si ésta se queda, sin su permiso, en una casa ajena.

4.- Los hijos nacidos del matrimonio caen automáticamente bajo la patria potestad de su progenitor.- En consecuencia, los hijos de justo matrimonio siguen la condición social del padre.

5.- Los cónyuges no pueden hacerse donaciones mutuamente "para que no se priven recíprocamente de sus bienes por mutuo amor", de acuerdo con la airosa formulación del Digesto.

6.- En la época de Augusto se prohíbe a la esposa que salga fiadora de su marido; disposición que el Senado Consulto Veleyano de 46 d. de J.C. amplió considerablemente, quitando los efectos procesales a toda fianza otorgada por una mujer para garantizar obligaciones no sólo de su marido sino también de un tercero. Un cónyuge no puede ejercer contra otro una acción por robo.

7.- En materia civil, la condena que obtenga un cónyuge contra otro, no puede ir más allá de las posibilidades de la parte vencida. (Beneficium Competentia) de manera que tal condena puede privar al vencido de sus bienes suntuarios, pero debe dejarle un mínimo para poder subsistir de acuerdo con su rango social.

8.- En caso de quiebra o concurso del marido se presume que cuanto haya adquirido la esposa en el matrimonio, procede del marido y entra por lo tanto en la masa de la quiebra. Si se trata de adquisiciones hechas por la esposa con ingreso propio, a ella corresponde probar esa circunstancia.

9.- La viuda pobre tiene ciertos derechos bastante limitados a la sucesión del marido, si éste muere intestado.

EL CONCEPTO DE MATRIMONIO.

Elementos de Derecho Civil Mexicano, Rafael de Pina, Ed. Porrúa, México 1960.

"El matrimonio constituye uno de los temas del Derecho Civil, que figuran entre aquellos a los cuales se ha dedicado una atención más constante. La trascendencia que esta institución tiene, no sólo en el orden Jurídico, sino igualmente en el moral y en el social, explica sin duda que los moralistas y los sociólogos hayan hecho tantos esfuerzos para estudiar y esclarecer los múltiples problemas que con él se relacionan".

Antes de entrar en el estudio de los diferentes aspectos de este tema, hay que dejar en claro que el matrimonio es la forma regular de la constitución de la familia.

El matrimonio se puede considerar desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista civil.

Desde el punto de vista de la Iglesia Católica, es un Sacramento; de acuerdo con la concepción civil, el matrimonio es una realidad del mundo Jurídico que en términos generales puede definirse como un acto bilateral solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes. La palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el marido y la mujer.

El matrimonio para Cicu es, según nos dice en la "Revista de Derecho Privado", en un artículo llamado "Cómo llegué a la sistematización del Derecho de Familia" -- publicado en Madrid en marzo de 1952. Núm. 420, Págs. 185 a 192 y en su libro El Derecho de Familia, Pág. 110, es el matrimonio una comunidad plena de vida material y espiritual, una íntima fusión de dos vidas en una sola. El matrimonio como institución natural nos dice el mismo Cicu, se basa en el instinto sexual, pero al pasar el hombre del estado de animalidad al de socialidad y por tanto, de espiritualidad, se ha sublimado convirtiéndose en una unión de almas.

La legislación sobre el matrimonio desde la era cristiana, hasta el presente, ha perdido desde el punto

de vista especial que cada legislador tomó sobre tan importante acto.

En un tiempo la iglesia católica lo consideró como un sacramento, y la idea religiosa dominó todo el derecho. Vino la Revolución Francesa y el matrimonio fue legislado por sólo los principios que rigen los contratos.

La palabra matrimonio procede del latín "matris" y "munium" significativos de carga o gravamen o cuidado de la madre, porque es principalmente la que sobrelleva la carga de sus hijos.

La voz matrimonio, tiene dos acepciones, significando ya el acto de constituirse la sociedad, ya esta misma sociedad, o sea el matrimonio ya celebrado.

CONCEPTO: Se entiende por matrimonio el acto solemne de unirse por modo indisoluble un hombre y una mujer para prestarle mutuo auxilio, procrear y educar a los hijos, constituyendo así la sociedad conyugal.

Acto solemne porque intervienen en él, la religión y la Ley de consumo, y cuyo fin es constituir la sociedad conyugal, y por tanto la base de la familia dé certeza y seguridad, así como dé la grandeza correspondiente al acto acaso más trascendental de la vida.

Tiene el matrimonio un aspecto eminentemente jurídico, puesto que da origen a una entidad social, que es centro de muchas consecuencias jurídicas. Desde este punto de vista es muy general considerar al matrimonio como un contrato.

El matrimonio no es un contrato en su fondo; no -- tiene sino la forma de contrato dada por la expresión del consentimiento. La razón es muy sencilla: todo contrato necesita de tres elementos o requisitos esenciales para su existencia, a saber: objeto, causa y consentimiento, y en el matrimonio faltan las dos primeras.

En efecto falta el objeto o materia, que en el contrato es una prestación que recae en objetos materiales o servicios, pero nunca sobre las personas; y en el matrimonio tiene lugar la entrega de una persona a otra y de ésta a aquélla, en toda su integridad; y la causa, porque ésta es en los contratos la liberalidad y el interés, y en el matrimonio no puede admitirse que en el terreno de los principios haya otra más que el Amor.

Será pues el matrimonio, bajo su aspecto jurídico, un acto, hasta una convención, pero nada más. La Ley Civil no hace otra cosa respecto de él que reconocer los efectos que de su naturaleza se derivan y además, exigir que debidamente se acredite su celebración.

FINES DEL MATRIMONIO.

Es en mi opinión uno de los fines primordiales del matrimonio, si no es que el más importante tanto desde el punto de vista jurídico como del religioso, la perpetuación de la especie, y creo que las consecuencias que implícitamente lleva el matrimonio como son la vida conyugal, la fidelidad, la indisolubilidad, la formación de una familia, van encaminados hacia el fin primordial que mencioné antes; los demás son lógicos y necesarios para el buen funcionamiento del matrimonio, ya que si bien su fin esencial es perpetuar la especie, éste no consiste solamente en traerlos al mundo y que se las arreglen como puedan, sino que el traerlos al mundo o concebirlos trae consigo obligaciones; es por eso que las consecuencias u obligaciones que llevan implícitas al contraer matrimonio resultan lógicas, ya que si las analizamos resulta que: La vida conyugal es necesaria, primordial para la consecución del fin esencial del matrimonio, la fidelidad resulta lógica que se contraiga al celebrar el matrimonio ya que los cónyuges se unen para ser el uno para el otro, y darse su amor, no para andarlo repartiendo; la indisolubilidad a este respecto la iglesia y el ordenamiento jurídico difieren terminantemente, ya que mientras para la iglesia es un vínculo que se disuelve únicamente con la muerte de uno de los cónyuges, salvo en los casos de dispensas especiales, cuando no ha sido consumado, para la Ley el matrimonio es un vínculo que se puede disolver con la misma facilidad con que se contrae, ya que al considerarlo erróneamente como un contrato, no tiene empacho en poner a la disposición del cónyuge que quiera separarse, el Divorcio como una solución, o podría decirse como una forma de rescisión de contrato; claro, algunas ve-

ces son onerosas, ya que hay que hacer algunos desembolsos, pero el fin viene a ser la gratificación o indemnización a que se condena en el caso de terminar anticipadamente con un contrato.

Uno de los fines que obviamente se consiguen a través de la consecución al fin primordial de perpetuar la especie es el de la formación de una familia, a este respecto podemos afirmar sin temor a equivocarnos que no se lograría sin la ayuda de las obligaciones o fines que lleva implícitos el matrimonio, ya que no se podría concebir la idea de Familia, cuando no hay fidelidad, y mucho menos cuando existe la disolución del vínculo matrimonial; es en este aspecto en donde difiero terminantemente con la posición del ordenamiento jurídico que ofrece como solución al "problema", el divorcio. Apoyándonos un poco en uno de los accesorios de la fidelidad que es la unidad, expondré mi opinión acerca de lo nefasto del Divorcio para los fines del matrimonio.

Obviamente el fin primordial, la perpetuación de la especie, no resulta afectada, ya que no es necesario estar casado, pero sí afecta a los fines secundarios como son el formar una familia, dar una educación a los hijos, el mutuo auxilio de los cónyuges.

Primero porque el divorcio es causa irrefutable de la desintegración de una familia, con la consecuencia lógica de la repercusión que esto acarrea es naturalmente nocivo, no sólo para la familia en cuestión, sino para la sociedad misma, que ve resentida gravemente su estructura básica de formación que es la familia; es indudable que al no haber una unidad familiar sólida, el desquebrajamiento de la sociedad en que ésta se desenvuelve es innegable -

tal y como lo podemos observar en las grandes sociedades modernas de nuestro tiempo.

Suprimiendo la indisolubilidad, el mutuo auxilio - de los cónyuges se hace imposible también, que el cónyuge más pobre queda en una situación precaria, pero sobre todo quienes más lo resienten son los hijos al quedar privados de la dirección y el cuidado de sus padres; por otro lado al admitirse abiertamente la disolubilidad del vínculo matrimonial, proliferarían y se propiciarían las uniones fugaces, que más que llegar a realizarse por amor llegarían a realizarse simplemente por un deseo mal encaminado, más que por una intención verdadera de formar una familia.

En suma podríamos sintetizar como fines del matrimonio la perpetuación de la especie, el formar una familia, y el mutuo auxilio por parte de los cónyuges, la educación de los hijos, que irían implícita en el formar una familia.

ELEMENTOS DEL MATRIMONIO.

Para que exista matrimonio se necesita en primer lugar un hombre y una mujer, o sea unos sujetos. Todos los hombres tienen derecho a contraer matrimonio y son capaces de contraerlo desde el punto de vista natural desde que han pasado la pubertad y tienen discernimiento suficiente para hacerlo.

Además de los sujetos, se necesita para que exista el matrimonio, el CONSENTIMIENTO de los cónyuges. El matrimonio sólo puede ser formado por el libre consentimiento de los cónyuges y no se necesita ningún otro requisito para que exista desde el punto de vista natural. Las voluntades de los contrayentes que forman el consentimiento matrimonial, deben estar EXENTAS de vicios, como en todo negocio jurídico. Los vicios del consentimiento matrimonial pueden ser error y violencia o miedo grave, ya que el dolo para el efecto del consentimiento se asimila al error que produce.

Como ya dije anteriormente, son sujetos aptos para contraer matrimonio todos aquellos que puedan lograr los fines de la institución, o sea todos los hombres y todas las mujeres desde el momento en que puedan engendrar hijos, lo cual es posible desde la pubertad. Aún cuando la mayoría de edad en la legislación mexicana es a los 18 años, el artículo 148 del Código Civil autoriza al hombre que ha cumplido 16 años y a la mujer que ha cumplido 14 para contraer matrimonio; queda claro también que el matrimonio debe ser contraído entre un hombre y una mujer. Son absurdas y fuera de toda lógica esas corrientes que de vez en cuando se presentan en algunos países por personas o grupos de presión que tienen otros intereses políti

cos, que pretenden legalizar el matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres. Además de la aberración que implica lo anterior desde el punto de vista de la naturaleza humana. Aún cuando algún derecho positivo llegare a decir que no son punibles tales relaciones, no serían matrimoniales, pues sólo puede ser matrimonio el contrato para procrear hijos. Los sujetos además deben de ser capaces para expresar sus voluntades en orden, y formar el pacto conyugal que es la causa eficiente del matrimonio. Para contraer éste se necesita en primer término la capacidad natural o sea la posibilidad de que el sujeto se dé cuenta de lo que está haciendo y lo quiere aunque no conozca todas sus consecuencias. Pero en el matrimonio no se requiere solamente la capacidad para realizar un acto humano consciente, sino que además, se necesita que los sujetos puedan expresar y consentir en el pacto matrimonial, o sea, que sean capaces de querer los fines matrimoniales y por tanto puedan querer el contenido del pacto. Resumiendo, en otras palabras, es necesario que el contrayente tenga la capacidad mental necesaria para saber y aceptar que mediante el matrimonio está haciendo un don perpetuo, recíproco y exclusivo de sí mismo en relación con el otro contrayente para establecer relaciones jurídicas entre sí, relaciones que no serán ya sólo de afecto sino que se desenvolverán en el plano de la justicia y por tanto del Derecho. Para el Derecho Natural, lo relevante es que los sujetos puedan realizar el acto volutivo consciente y vinculante en el momento de contraer el matrimonio. El problema de la forma es que esas voluntades deben expresarse, queda al Derecho Positivo, el cual debe tomar las medidas necesarias para que nunca el cumplimiento de las solas formalidades constituyan el matrimonio, pues si no hay pacto conyugal otorgado libremente por per

sonas capaces, no hay matrimonio, aunque se hayan cumplido las formalidades externas.

CONSENTIMIENTO.- En varias ocasiones se ha repetido que el matrimonio sólo puede ser formado por la LIBRE VOLUNTAD de los contrayentes, o en otras palabras, nadie puede ser casado contra su voluntad, puesto que dicho matrimonio sería inexistente por falta de consentimiento. - Sólo la libertad individual es la que permite contraer el vínculo matrimonial. El consentimiento matrimonial debe versar, sobre la persona del otro contrayente y sobre la materia del matrimonio o lo que es lo mismo, los cónyuges deben de estar de acuerdo en casarse con una persona determinada y estar conformes en lograr conjuntamente los fines matrimoniales, entregándose mutuamente el derecho sobre el propio cuerpo para realizar actos de suyo propios para engendrar y poner los medios para alcanzar según sus posibilidades, todos los fines naturales del matrimonio.

El consentimiento debe versar sobre la materia del matrimonio o sea sobre los propios cuerpos de los cónyuges en orden a obtener los fines matrimoniales. Ambos cónyuges tienen que estar conformes en la consecución de los fines matrimoniales y para eso no es necesario que tengan un conocimiento explícito, profundo de dichos fines, aunque la legislación mexicana no lo señala, pero es de sentido común pensar que es suficiente que los cónyuges estén conformes en unirse en una comunidad que tiene por objeto la precreación y la ayuda mutua o como decía el Código Civil de 1884 "para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

No es necesario saber que se realiza dicha procrea

ción; tampoco es necesario saber cómo se va a educar a -- los hijos, ni ponerse de acuerdo sobre cómo o en qué forma se prestarán ayuda mutua. Todas éstas son materias -- que pueden estar implícitas en el consentimiento, el cual sólo debe prestarse por lo tanto, en relación con la institución misma, genéricamente considerada.

Después de la Pubertad, se entiende que todos los -- hombres por su propia naturaleza, saben en qué consiste -- el matrimonio. Como según lo expresa el artículo 253 del Código Civil, "el matrimonio tiene a su favor la presun-- ción de ser válido", debiendo concluir en que es suficien-- te con que los cónyuges están conforme con contraer, no -- ignorando que se trata de una sociedad entre un hombre y una mujer para engendrar hijos, educarlos, y prestarse -- ayuda mutua. Será invalidado por el contrario un matrimo-- nio que excluyera expresamente por parte de uno de los -- cónyuges o por ambos, alguno de los fines matrimoniales . No puede decirse que existe matrimonio cuando por ejemplo se excluya expresamente la procreación de la prole. Dos -- personas capaces que se ponen de acuerdo para satisfacer sus instintos sexuales sin desear engendrar hijos, no se puede decir que hayan contraído matrimonio. La voluntad de los cónyuges para ser eficaz jurídicamente y formar el vínculo matrimonial, debe estar además exenta de vicios . Es sabido que los vicios en el consentimiento son el -- error, el dolo y la violencia.

EL ERROR: El error de Derecho o sea el falso cono-- cimiento o la ignorancia de la norma podría darse en el -- matrimonio cuando alguno de los contrayentes dijera igno-- rar o de hecho ignorara la legislación que rige esta ins-- titución. Este tipo de errores no tiene ninguna relevan--

cia y por tanto no anula el matrimonio contraído bajo ese error. Error de hecho, en relación con el matrimonio puede presentarse como error en la naturaleza del negocio. - Este sería el caso del cónyuge que ignorara que el matrimonio se trata de una sociedad entre un hombre y una mujer para procrear y educar hijos. Lógicamente, y lo más probable es que el cónyuge que llegare a sufrir este tipo de error, sería incapaz por idiotismo, o imbecilidad. - Como en el negocio matrimonial el objeto del contratante es el cuerpo del otro cónyuge, el derecho que los contratantes se conceden mutua y recíprocamente sobre sus propios cuerpos en orden a los fines matrimoniales, el error en el objeto del negocio, en la identidad del objeto y en la identidad de la persona, resultan ser los mismos. Este tipo de errores invalida el matrimonio, según lo establece la fracción I del Artículo 235 del Código Civil.

VIOLENCIA.- En relación con el matrimonio podemos decir o distinguirla en dos tipos: primero la violencia que excluye la voluntad, o sea la violencia física de una fuerza insuperable que hacen que se manifiesten los signos exteriores del consentimiento, sin que el sujeto quiera absolutamente nada; este tipo de violencia es bastante raro y es muy poco probable que se dé en la práctica, pero podría ser el ejemplo de alguien que contrae matrimonio bajo los efectos de la hipnosis o de alguna droga que no le permitiera darse cuenta de sus actos; sin embargo - el segundo tipo de violencia es más probable que se dé en la práctica o sea el caso de las amenazas que producen un miedo grave. El matrimonio contraído bajo este efecto de miedo grave resulta nulo, pues el consentimiento matrimonial debe presentarse libremente según lo hemos indicado con anterioridad. Podemos resumir que los elementos señalan

lados anteriormente y que en síntesis serían el Sujeto, - Objeto y Consentimiento, pueden definirse como los elementos esenciales para la celebración del matrimonio mientras que los elementos de validez, serán como a continuación señalamos los siguientes:

En un principio señalaremos que para que el matrimonio sea válido deberá ser celebrado entre personas capaces, sin impedimentos entre sí, que expresen libremente su consentimiento y que dicho consentimiento sea expresado en la forma que la Ley señala.

El artículo 146 señala que "el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con las formalidades que ella exige".

En el artículo 97 y siguientes, se establecen cuáles son dichas formalidades. Según estas disposiciones legales, el matrimonio debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil, y precisamente las personas que deseen contraer matrimonio, deberán presentar una solicitud ante dicho funcionario, en la cual expresen sus nombres y apellidos, que no tienen impedimento legal para casarse y -- que es su voluntad unirse en matrimonio.

La voluntad que debe manifestarse en la solicitud, no es la voluntad de contraer matrimonio, sino que solamente es la que manifestaron por parte de los contrayentes de que llegado el momento, expresarán el consentimiento matrimonial; no es por tanto, ni siquiera promesa de matrimonio y no crea ninguna obligación entre los solicitantes.

A este escrito inicial deben acompañarse los docu-

mentos que menciona el artículo 98 del propio Código.

En relación con esos requisitos es de hacer notar que la declaración a que se refiere la fracción II, es -- con el objeto de identificar a los pretendientes y asegurarse de que no tienen impedimento legal para casarse. -- Son por lo tanto sólo testigos de identidad. Por consiguiente, es necesario distinguir cuáles son entre las formalidades que exige la Ley, las que se consideran esenciales y cuáles no. En lo personal considero que todas las ceremonias y todas las formalidades que prescriben los artículos 97, 98, 100 y 102 no son esenciales para la forma de matrimonio; por lo tanto si se omitieran no producirían la nulidad del mismo.

Sólo es esencial para la formalidad del matrimonio, lo prescrito en el artículo 103, o sea el acta DE MATRIMONIO la cual como decíamos anteriormente debe estar firmada por los contrayentes, los testigos, el Juez del Registro Civil, y las demás personas que hubieran intervenido, si supieren y pudieren hacerlo.

Además el acta debe tener las huellas digitales -- de los contrayentes, por tanto también dentro del acta matrimonial debe distinguirse entre una parte esencial y otra que podría llamarse accidentales, no siendo necesario para la validez del matrimonio más que las firmas de los contrayentes, y la del Juez del Registro Civil, pudiendo faltar todo lo demás.

IMPEDIMENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Para que el matrimonio surta efectos, no sólo se necesita que concurren los dos elementos antes mencionados, sino que además se necesita también que no haya entre ellos impedimentos. Los impedimentos son circunstancias objetivas, que no permiten que se forme el matrimonio ya sea con ninguna persona o ya sea con determinado individuo; en el primer caso será absoluto y en el segundo relativo.

Hay impedimentos que se derivan de la propia naturaleza humana o directamente de los fines o propiedades del matrimonio, haciendo imposible alcanzar dichos fines; éstos son impedimentos de derecho natural y nunca pueden dispensarse.

Los impedimentos que el Código Civil considera, son los siguientes:

a).- IMPEDIMENTO DE PARENTESCO.- Este impedimento se consigna en la Fracción III del Artículo 156 y extiende este impedimento a los parientes consanguíneos sin limitación de grado en línea recta ascendente o descendente y en línea colateral igual el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos; en línea colateral desigual el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. O sea los primos hermanos no quedan comprendidos DENTRO DE ESTE IMPEDIMENTO.

En la fracción IV del Artículo 157 se establece el IMPEDIMENTO POR EL PARENTESCO DE AFINIDAD; en este mismo-

artículo se señala también el impedimento a causa del parentesco civil, o sea entre adoptado y adoptante. No obstante que el Artículo 295 del Código Civil la establece - que "el parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo nace entre el adoptante y adoptado", el artículo 157 extiende el impedimento del parentesco civil a los descendientes del adoptado confiriendo por lo tanto no sólo - - efectos jurídicos a este parentesco, no sólo entre adoptante y adoptado sino también en relación con los descendientes de éste.

b).- IMPEDIMENTOS DE CRIMEN.- El Código Civil considera dos crímenes que pueden llegar a constituir impedimento matrimonial: El adulterio y el atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para contraer matrimonio con el que quede libre; lo anterior queda establecido en el artículo 156 Fracciones V y VI. En el primer caso el impedimento se extiende a las personas adúlteras que pretendan contraer matrimonio con posterioridad a la disolución del primer vínculo. Para que exista este impedimento se necesita QUE EL ADULTERIO haya sido judicialmente comprobado.

El impedimento por atentado de homicidio, se extiende única y exclusivamente al que atentó contra la vida del cónyuge y lógicamente sólo opera si el homicidio se llevó a cabo o si el matrimonio se terminó por divorcio después del atentado.

c).- IMPEDIMENTO POR ENFERMEDAD.- Dentro de este impedimento nuestro legislador incluye varias hipótesis - que en realidad son diversos impedimentos:

LA IMPOTENCIA, incurable para la cópula, la cual ,

aunque el Código no lo diga, debe ser ANTECEDENTE Y PERPETUA, ya que no puede considerarse como impedimento matrimonial, una impotencia originada por causas supervivientes o posteriores al matrimonio. Tampoco sería impedimento si la impotencia es curable o si sólo es temporal. Es necesario advertir que el impedimento matrimonial es la impotencia para realizar el acto matrimonial. La impotencia es un impedimento matrimonial en virtud de que el impotente no puede lograr ninguno de los fines del matrimonio; podría pensarse que el imponente no puede cumplir con los fines primarios del matrimonio, pero que sí podría cumplir con los secundarios. No es correcta esa apreciación, pues como ya indicábamos al estudiar los fines, éstos se basan en la complementariedad de los sexos; la ayuda mutua y el remedio de las pasiones tienen características propias en el matrimonio; no es la ayuda que puedan prestarse amigos íntimos o parientes, ni es el solo remedio de la pasión sexual. La ayuda que el marido debe prestar a la esposa es una ayuda MARITAL, de CONYUGUE, no de amigo, y esa ayuda conyugal no la puede prestar el impotente, pero sí el estéril.

Es pues lógico que la impotencia constituya un impedimento matrimonial. No lo es tanto, el que el Código extienda el impedimento de enfermedad a otra serie de casos que mencionan las fracciones VIII y IX del citado artículo 146. El Código Civil de 28 con un criterio muy en boga en la época de su redacción, y que según lo menciona la exposición de motivos, tenía por objeto "evitar la degeneración de la especie", estableció como impedimento matrimonial "la embriaguez habitual, la morfomanía, la eteromanía, el uso indebido y persistente de drogas enervantes, la sífilis, la locura, las enfermedades cróni-

cas e incurables que sean además contagiosas o hereditarias" Extender el impedimento de enfermedad estos supuestos, me parece injustificado, pues no todos ni siempre incapacitan para querer el matrimonio y es privar a los sujetos que se encuentren en ellos, del derecho natural que tiene todo hombre a contraer matrimonio.

Además, la finalidad que se propuso el legislador, de "evitar la degeneración de la especie" no se logra mediante este impedimento. Es desde luego poco recomendable que contraigan matrimonio, personas que padezcan de alguna de estas enfermedades, o que tengan los vicios que el legislador enumera, pero no hay razón para prohibirles el contraer matrimonio, ya que ellos mismos en primer lugar pueden superar sus vicios, y no está comprobado ni mucho menos, que algunas de las enfermedades que el legislador incluyó como impedimento, produzcan una degeneración en la especie. Son muchos los genios en la historia, que no hubieran nacido si sus padres se hubieran atendido al impedimento que el legislador mexicano creó en la fracción VII del Art. 156. Siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho natural que la propia naturaleza humana ha dado a todos los hombres, no tiene derecho el Estado a restringirlo por causas tan poco claras como éstas.

Muy distinto es el impedimento en el caso de la impotencia que como ya mencionábamos, hace imposible lograr los fines matrimoniales. Desde luego el impotente no puede engendrar la prole y por tanto tampoco educarla; tampoco podrá prestar la ayuda mutua que se debe entre los dos sexos, ni el remedio de la concupisencia. No es el caso de ningún otro de los supuestos de enfermedad o vicios que menciona el legislador. El borracho,

el morfinómano, el sifilítico o el afectado de enfermedad crónica e incurable aún cuando sea contagiosa o hereditaria, puede lograr algunos de los fines del matrimonio. - No hay por tanto derecho a privarle de la legítima celebración del mismo.

Nuestro legislador se dejó llevar por las ideas racistas de las primeras décadas del siglo, cuando algunos pretendían mejorar la raza humana a base de prohibir a los MENOS SELECTOS el que pudieran contraer matrimonio, y así, por ejemplo, un autor español de la época, afirmaba que debían prohibirse esos matrimonios "para hacer una nación fuerte, que dé un contingente hábil de población masculina a los talleres, al campo y a las profesiones, y un contingente de población femenina a la maternidad fecunda y al gobierno honrado y venturoso del hogar, para hacer innecesarios los hospitales y despoblar los presidios. Donde hay sanidad hay bienestar, hay ahorro, hay honradez, hay paz; donde los malos humores, transmitidos por la herencia o favorecidos por el contagio matrimonial, convierten en hospitales las casas... reina la tristeza".

Dentro de esta misma corriente, hubo quien pretendió prohibir el matrimonio a los criminales "para que no trasmitan a sus hijos la herencia del delito" o a los epilépticos.

Además de que no está probado que la raza humana mejore por estos sistemas, el establecer un impedimento matrimonial de enfermedad, resulta injusto e inútil en la práctica, pues ha de probarse la ausencia de estas enfermedades por un certificado médico prenupcial. El primero que estableció la necesidad de este tipo de certificados-

fue el estado de Dakota en Estados Unidos, el año de --- 1899, y hubo de expedir poco después leyes que castigaban a médicos que expedían certificados sin revisión y a habitantes del estado que se iban a casar fuera de él para -- evitar el certificado.

No obstante esas experiencias, nuestro legislador en 1928 repitió la prohibición de matrimonio por enfermedad, con idénticos resultados prácticos: Los certificados médicos prenupciales rarisimamente reflejan esas enfermedades. Además, aún en el caso de lograr extirpar el vicio de certificados expedidos sin reflejar la realidad, -- nunca se podrá evitar el matrimonio de los que quieran casarse en otro lugar donde no exista ese impedimento, ni -- tampoco se evitará el que nazcan los hijos de esos enfermos, que además nacían con taras hereditarias y sin hogar, al haber el Estado prohibido el matrimonio de sus -- padres.

Dentro de la mala técnica que sigue el legislador en ese artículo 156, encontramos en esta fracción VII el haber incluido la locura como una enfermedad más, siendo así que el caso del loco para efectos del matrimonio es -- radicalmente distinto que el caso del enfermo. El loco -- no puede contraer matrimonio, porque no puede expresar -- consentimiento, no por enfermedad. Su defecto está en la voluntad y la causa de nulidad del matrimonio del loco es -- tá en la imposibilidad de expresar válidamente una voluntad vinculante.

Por las mismas razones, tampoco consideramos como impedimento el idiotismo y la imbecilidad, enumerados en la fracción IX del mismo Art. 157, ya que en este caso -- tampoco se trata de impedimentos sino más bien de sujetos

que no pueden contraer matrimonio porque no pueden expresar voluntad jurídicamente eficaz para contraer derechos y obligaciones.

d).- IMPEDIMENTO DE VINCULO PREVIO.- No puede contraer matrimonio el que esté casado. En esto consiste el impedimento de vínculo previo que se contiene en la fracción X del Art. 156. Con este impedimento, nuestro legislador salvaguarda la monogamia del matrimonio en la legislación civil mexicana. El que esté casado, no puede contraer nuevo matrimonio, y no sólo podrá atentar matrimonio sin que llegue a formarse realmente el vínculo, mientras no se disuelva el anterior.

El anterior matrimonio puede disolverse en la legislación mexicana por muerte del cónyuge o por divorcio.

Es omisa nuestra legislación en realidad con la situación matrimonial para el caso de que uno de los cónyuges sea declarado ausente o presuntivamente muerto. El Artículo 713 sólo menciona que "la sentencia que declara la presunción de muerte de un ausente casado, pone término a la sociedad conyugal", lo cual no quiere decir que el matrimonio termine, sino sólo para los efectos matrimoniales del matrimonio si éste se contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal, debe procederse a la liquidación de la misma. Sin embargo, la fracción X del Art. 267 al señalar como causa de divorcio a la declaración de ausencia legalmente hecha o la presunción de muerte, parece ser que se inclina por la subsistencia del matrimonio después de la sentencia que declara la presunción de muerte, ya que si éste no subsistiera, no podría pedirse el divorcio; el cónyuge del ausente o presuntamente muerto que de

see contraer nuevo matrimonio, debe previamente divorciarse de conformidad con la Frac. X del Art. 267, pues de lo contrario, si contrae nuevo matrimonio con persona distinta de aquella declarada ausente o presuntamente muerta, - comete el delito de bigamia y su segundo matrimonio es nulo en virtud de lo establecido en la fracción X del Art. 156 o sea en virtud del impedimento de vínculo previo.

Si vuelve el ausente, el segundo matrimonio que nunca existió en realidad, será matrimonio putativo, pero nunca podrá considerarse como verdadero matrimonio, debiendo el cónyuge volver a la vida marital, con el que regresó, declarado presuntivamente muerto.

e).- IMPEDIMENTO DE PRESUNCION CONTRARIA A LA LIBERTAD.- Es el caso del rapto que menciona la fracción VII del Art. 156. El impedimento sólo existe entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a un lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.

En este caso nos encontramos realmente en presencia de un verdadero impedimento y no de un vicio de la voluntad, ya que el impedimento subsiste aún cuando los contrayentes manifestaron libremente su consentimiento. - Lo que se está tratando de evitar aquí es que se pueda contraer matrimonio en una situación que hace presumible una falta de libertad en la raptada, aún cuando de hecho no se dé. No se admite como jurídicamente eficaz ninguna manifestación de la voluntad a la raptada, aunque realmente sea libre y exenta de vicios, mientras subsiste la situación del rapto. Sólo podrá contraer matrimonio una vez que haya terminado el rapto.

Este impedimento no es indispensable de conformidad con lo que se dice en el Art. 156 al final, y en virtud de la propia naturaleza del impedimento; no puede ni siquiera pensar en la dispensa ya que mientras subsista - la situación de raptó, el matrimonio serfa siempre nulo.

No son verdaderos impedimentos los que mencionan -- los Arts. 158 y 159. El primero se refiere a los plazos que debe observar la mujer después de haber disuelto el matrimonio anterior, con objeto de evitar una confusión en la paternidad. El segundo se refiere a la prohibición de contraer matrimonio el tutor con la persona que ha estado bajo su custodia y tutela. En ambos casos, no estamos en presencia de impedimentos sino de PROHIBICIONES ADMINISTRATIVAS, lo cual se confirma con lo que establece el Art. 264 que indica que si el matrimonio se celebra en estos supuestos, resulta ilícito pero no nulo. El vínculo matrimonial se habrá formado, y sólo los contrayentes o el contrayente que estuviere en estos supuestos si no hubiera respetado las disposiciones legales, se harfa acreedor a las penas que las propias leyes señalen.

DERECHOS Y DEBERES QUE NACEN DEL MATRIMONIO.

Hemos señalado con anterioridad que se puede sintetizar en tres los deberes y derechos que nacen del matrimonio, advirtiendo nuevamente que éstos son siempre recíprocos, o sea, los cónyuges son siempre acreedor y deudor de los mismos derechos y deberes, con idéntico contenido, en relación con su otro cónyuge. Los derechos-deberes que nacen del matrimonio son:

1.- Deber de cohabitación que a su vez podemos subdividir en el derecho sobre el cuerpo del otro cónyuge, - para realizar los actos de suyo propios para engendrar, y la obligación de vivir en el mismo domicilio.

2.- Deber de fidelidad.

3.- Deber de asistencia.

Estos deberes y derechos nacen, como ya hemos explicado, de los fines del matrimonio, están íntimamente ligados con ellos y se derivan de la naturaleza misma de la institución matrimonial.

Analicemos cada uno de estos efectos en el Derecho Positivo Mexicano:

1.- Deber de cohabitación.

a).- Derecho recíproco sobre los cuerpos en orden a los actos de suyo propios para engendrar.- Este derecho está en la base misma del matrimonio. Si hemos dicho que la finalidad primaria del matrimonio es engendrar y -

educar la prole, ésta sólo se engendra en forma natural, mediante la unión sexual del hombre y la mujer, y por tanto, si el matrimonio es un vínculo tendiente a conseguir los fines matrimoniales, debe existir este derecho recíproco de tal manera que sea el que distinga y caracterice la unión matrimonial.

En efecto, contrastando la figura del matrimonio con la del concubinato, en éste, los concubinos pueden --pretender finalidades similares a las del matrimonio, realizar actos análogos a los de los cónyuges, y de hecho, tener el deseo de permanecer en su concubinato y hasta de ser fieles a su unión. Sin embargo nada de esto constituye matrimonio, pues le está faltando a esa unión el deseo de vincularse jurídicamente o sea, el deseo de obligarse en relación con la pareja. No habiendo vínculo jurídico, sólo estamos en presencia de un concubinato, y así lo reconocen los artículos 302 y 1635 del Código Civil, que sólo dan efectos al concubinato en materia de alimentos y herencia, cuando los concubenarios hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato con lo que la Ley marca una diferencia clara entre la situación de hecho, meramente negativa del concubinato en las que las partes no han querido vincularse y la situación jurídica que requiere de un acto positivo de la voluntad de los interesados, en orden a vincularse mutuamente en forma matrimonial.

El derecho recíproco para engendrar es un derecho sobre el cuerpo del otro cónyuge y como ya hemos dicho, es un derecho recíproco y bilateral; ambos son deudores y ambos son acreedores y por tanto cualquiera de ellos durante el matrimonio, tiene derecho sobre el otro cónyuge.

Es un derecho además que sólo puede ejercerse en orden a los actos de suyo aptos para engendrar y educar la prole, aunque de hecho no se engendre. No podrá por tanto extinguirse este derecho, cuando vaya en perjuicio de la prole misma.

Aún cuando nuestra legislación civil no menciona expresamente este derecho, podemos descubrir que el legislador en el texto original de 1928 respetó la estructura básica del matrimonio en este aspecto. El Art. 162 en su primera parte, antes de la desafortunada adición que le fue hecha en el año de 1972, establecía que "los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte, a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente". Aún cuando el Código no indica cuáles son los fines del matrimonio, por la naturaleza del mismo concluimos que éstos tienen que engendrar y educar la prole entre otros, o como lo decía el Código de 84, "perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". (Art. 155).

Por tanto, estando obligados a contribuir cada uno por parte a engendrar la prole, se deduce la existencia según el Código Civil, del derecho recíproco sobre los cuerpos de los cónyuges. Además, el mismo Código Civil, de 28, obliga a residir a ambos cónyuges en el mismo domicilio. Sería absurdo obligar a dos personas que no son parientes entre sí, de distinto sexo, a vivir en el mismo domicilio, sin otorgarles el derecho recíproco, que en otra forma se estarían fomentando uniones ilegítimas.

Además, la legislación civil y penal mexicana siempre han sancionado el delito del adulterio. (Cfr. Art. 276 Frac. I del Código Civil, Art. 276 a 376 del Código Penal, entre otros). Esto indica que nuestras leyes recono

cen la existencia del derecho recíproco. No se explica - la sanción penal del adulterio, sin el derecho de los cónyuges, que la mera relación entre personas mayores de edad que por su propia y libre voluntad consienten en dicha relación, no es sancionada por el derecho, pues cada uno es libre de disponer de su propio cuerpo. El hecho de imponer sanciones civiles y penales al adulterio, está indicando la existencia del derecho recíproco. La única razón - por la cual se sanciona el adulterio es porque el adúltero está violando el derecho que tiene sobre su propio - cuerpo su cónyuge.

Además, el delito de violación entre cónyuges no - existe en situación normal. Sólo existirá delito de violación, cuando uno de los cónyuges pretenda realizar el acto carnal en público, faltando a la moral, en detrimento de la prole o en situaciones similares en las cuales - ya no se puede decir que esté ejercitando un derecho, sino que estaría excediéndose en el ejercicio del mismo. - No hay por tanto legítima defensa del cónyuge que se opone al derecho de su otro cónyuge para negarse a realizar el acto conyugal pues no puede haber legítima defensa - sobre el ejercicio de un derecho, y el cónyuge pide el - débito conyugal, está ejercitando un derecho.

La negación del derecho recíproco, prácticamente - igualaría al matrimonio con el concubinato, ya que la concubina que se niega a acceder a las solicitudes o deseos del concubinario, está realizando un acto legítimo pues - no tiene ninguna obligación jurídica en relación con el - concubinario. No así la esposa, la cual libremente en el matrimonio ha concedido ese derecho a su cónyuge y eso es uno de los efectos importantes del vínculo conyugal. Además, es necesario hacer notar que la finalidad del dere-

cho recíproco es engendrar, o sea no debe obstaculizarse artificialmente la posibilidad de engendrar. Cerrar artificialmente esa posibilidad, estaría prácticamente igualando al matrimonio con la prostitución en la cual exclusivamente se trata de satisfacer deseos o instintos sexuales sin importar nada la prole, o tratando expresamente de evitarla.

Una desafortunada reforma hecha en el año de 1972 en el artículo 162 del Código Civil interpretando equivocadamente los ideales de la liberación femenina, trastorna radicalmente todo lo anterior, dejando al matrimonio en el Código Civil Mexicano en una situación equívoca en la cual ya no se puede decir claramente que siga siendo un matrimonio natural. Efectivamente, en la segunda parte de dicho artículo reformado, se indica que "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges". Lo importante para efectos del matrimonio, como se ve, es la última frase.

Es muy lógico y loable el que se establezca legalmente que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos, siempre y cuando dicha persona no haya contraído matrimonio, ya que como hemos venido indicando, el contenido del vínculo matrimonial es otorgar al otro cónyuge y recíprocamente, el derecho sobre el propio cuerpo en orden a los actos de suyo propios para engendrar. Si ya se otorgó ese derecho al otro cónyuge, no es necesario ningún acuerdo para realizar el acto conyugal y por tanto para engendrar o dejar de engendrar. Si necesi

tan ponerse de acuerdo los cónyuges para realizar el acto conyugal, ya no estamos en presencia de un matrimonio sino de un concubinato. Los concubinos sí necesitan ponerse de acuerdo, ya que no se han otorgado ningún derecho. No así los cónyuges, que como hemos repetido reiteradas veces, han concedido libremente ese derecho a su otro cónyuge en el momento mismo del matrimonio.

Por tanto no será el común acuerdo de los cónyuges el que sea necesario para realizar el acto conyugal, sino el deseo unilateral de cualquiera de ellos que ejercitando su derecho, lo solicite así del otro cónyuge. En nuestro concepto, esa infeliz reforma, prácticamente ha igualado el matrimonio en el Código Civil mexicano al concubinato.

No debe entenderse con esto que el derecho al débito conyugal puede ejercerse en forma brutal o arbitraria, sino al modo humano, pues el cónyuge no es una cosa ni un siervo y siempre en forma responsable, para el bien de la prole y de la familia, ejercitando una verdadera paternidad responsable, pero no podemos olvidar que el matrimonio, como vínculo jurídico que es, produce derechos y obligaciones.

b.- Debe vivir bajo el mismo techo.- Los cónyuges tienen que vivir en el mismo domicilio según lo indica el Art. 163 del Código Civil. Dicho artículo señala que "los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal". Antiguamente el domicilio conyugal era señalado por el marido como una consecuencia de la obligación que éste tenía de mantener a la familia y de obtener los bienes necesarios para el desarrollo de la misma. Al suprimirse dicha obligación del marido, se suprimió también el derecho

que tenfa para el señalamiento del domicilio conyugal, y por tanto éste ahora deberá señalarse de común acuerdo -- según lo señala expresamente la reciente reforma del Art. 163.

Este acuerdo se logra fácilmente en relación con el primer domicilio conyugal, ya que es lógico que si dos personas han estado conformes en contraer matrimonio, resulta accidental el señalamiento de ese primer domicilio conyugal.

La ley no señala en cambio ningún sistema para establecer posteriores domicilios conyugales, ni qué debe hacerse en caso de desacuerdo entre los cónyuges para cambiar o modificar el domicilio. Ante esta laguna, es necesario que intervenga el Juez, con lo cual el Código acude a un sistema que se ha introducido en nuestra legislación civil mexicana en época reciente, que los franceses han llamado matrimonio de tres, conforme al cual, toda divergen-
cia conyugal tiene que ser llevada necesariamente ante el juez para que sea éste el que resuelva.

El sistema no es bueno, ya que lógicamente el Juez con menos conocimiento de causa, con imposibilidad absoluta de penetrar en las razones últimas de los cónyuges que pueden ser de carácter íntimo, resolverá en forma por demás salomónica, sin poder adentrarse realmente en la situación de los cónyuges y de la familia. Desgraciadamente ese es el sistema que sigue nuestro Código, al no dar a ninguno de los cónyuges la facultad de señalar el domicilio conyugal en caso de desacuerdo.

Los cónyuges deben vivir en el mismo domicilio y si alguno no lo hace, el que ha permanecido en el domici-

lio tendría acción para exigir de su otro cónyuge el regreso al domicilio conyugal. No es necesario que el abandono del hogar conyugal desemboque necesariamente en un juicio de divorcio ya que estableciendo el Art. 173 la obligación de los cónyuges de vivir juntos, lógicamente otorga una acción procesal al abandonado para exigir de su otro cónyuge que regrese.

La fijación del domicilio conyugal toma mayor importancia después de la reforma del Art. 163 en vigor a partir del 1o. de enero de 1963, pues señalando ya el texto legal que "se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges", puede cuestionarse aún la intervención judicial en caso de desacuerdo, pues sólo es domicilio conyugal el que ambos han aceptado como tal y no el que el Juez imponga a uno de ellos a petición del otro. El Juez, de seguirse este criterio, sólo podría intervenir en los casos del párrafo segundo de este artículo o sea cuando se pretenda establecer dicho domicilio en el extranjero o en lugar insalubre o indecoroso.

Otorgando la ley a ambos cónyuges, de común acuerdo, la facultad de señalar el domicilio conyugal, puede darse el caso de que ambos se pongan de acuerdo en cambiar el actual; pero no hay acuerdo sobre el nuevo domicilio. No parece que en esta hipótesis desaparezca la obligación de los cónyuges de vivir juntos, por lo que necesariamente debe haber un domicilio conyugal; en consecuencia, los consortes no pueden suprimir el anterior domicilio, mientras no se pongan de acuerdo en fijar el nuevo.

Con la adición de la fracción XVIII al Art. 267, en las reformas de 1984 el problema de la fijación del

domicilio conyugal tiene nuevos aspectos que analizaremos al tratar el divorcio.

2.- Deber de fidelidad. Este derecho-deber, similar en alguna forma al derecho recíproco para engendrar, comprende la obligación de abstenerse de relaciones carnales extramatrimoniales y se extiende también a la obligación de abstenerse de cualquier acto que pueda hacer sospechar o preparar esas relaciones. Se distingue del derecho recíproco, en que éste es la obligación de realizar el acto conyugal cuando el otro cónyuge legítimamente lo solicite y en cambio el deber de fidelidad es la obligación de abstenerse de realizar actos con cualquier otro que no sea el cónyuge. En la legislación civil mexicana, también descubrir la existencia de ese derecho y deber en la sanción civil y penal del adulterio que como ya hemos indicado, sólo se explica, por el derecho que tiene un cónyuge sobre el cuerpo del otro y por tanto en la violación que se estaría produciendo mediante el adulterio del derecho del cónyuge ofendido.

Además, el hecho mismo de que el matrimonio en el derecho civil mexicano sea monogámico, según indirectamente lo establece la fracción X del Art. 157, mediante el impedimento de vínculo previo, nos está señalando también que el deber de fidelidad existe entre los cónyuges. El Código Penal como consecuencia, establece y sanciona el delito de bigamia (Art. 279 del Código Penal).

3.- Deber de asistencia. Este deber de asistencia, incluye una ayuda recíproca de tipo espiritual entre los cónyuges, que rebasa los campos del derecho, y por tanto no es materia de nuestro estudio. No por eso deja de ser una parte esencial del matrimonio y de una importancia extrema. Nos concretamos a la ayuda material que

deben prestarse los cónyuges entre sí.

Según el artículo 164 "los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la Ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto según sus posibilidades". Este artículo modificado en 1972, establece la carga económica del matrimonio sobre ambos cónyuges y les permite hacer un pacto para distribuirla en la forma y proporción que señalen en dicho pacto.

No era así la legislación original del Código de 28, la cual gravaba con la obligación de mantener el hogar conyugal al marido, obligando por otra parte a la mujer a dirigir el hogar. Una consecuencia de dicho régimen era que la mujer no podía trabajar fuera del hogar conyugal, sino cuando el marido descuidara su obligación de aportar los medios económicos, o con la expresa autorización de éste. Los vientos feministas y de liberación de la mujer, de fecha reciente, llevaron a la modificación de nuestra legislación. Ahora, ambos cónyuges pueden trabajar fuera del hogar conyugal, sin que la mujer necesite ningún tipo de autorización por parte de su marido. Esto, lleva a la consecuencia, nada favorable por cierto para la mujer, de que ésta puede trabajar fuera del hogar, y debe también contribuir a los gastos del hogar.

Independientemente de esta obligación de contribuir a los gastos económicos del hogar, los cónyuges tienen también una obligación recíproca de proporcionarse alimentos de conformidad con el Art. 302, cuando este derecho sea legalmente procedente.

Otro efecto del matrimonio en relación con la ayuda material que deben prestarse los cónyuges, es el derecho que tienen a la herencia legítima en las proporciones que la Ley señala.

Es de notar la ingerencia que otorgan las reformas y Código Civil de 1972 al Juez de lo Familiar, el cual debe de intervenir cuando los cónyuges no se pongan de acuerdo sobre el manejo del hogar, la formación y educación de los hijos, la administración de los bienes que les pertenezcan o también cuando cualquiera de ellos desempeñe una actividad profesional que pueda dañar a la moral de la familia o la estructura de ésta. Nuestro legislador se ha inclinado en los últimos años por el famoso matrimonio de tres que antes habíamos mencionado, dando unas facultades al Juez de lo Familiar que en nuestro concepto son exageradas e inútiles en la mayoría de los casos. (Cfr. Art. 168 y 169).

En cambio el legislador que modificó los textos -- originales del Código de 28 en relación con la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, no se atrevió a conceder plena libertad a la mujer en lo que respecta a la contratación con su marido.

Anteriormente la mujer no podía contratar con su marido y obligarse solidariamente con él en asunto del exclusivo interés de éste, ya que se consideraba que la mujer podía sufrir más fácilmente que el hombre el chantaje sentimental de su cónyuge o ser víctima de su marido que podía aprovecharse de su ignorancia en materias económicas. Lo lógico parecía que, concediendo plena autonomía a la mujer, se le permitiera contratar con cualquiera y -

se quitara esa prohibición que era una norma proteccionista por la poca capacidad de la mujer para los negocios.

No se procedió en esa forma, sino que el texto del Art. 174 en su redacción de 1972, establece que "los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos" o sea, que ahora no sólo se protege a la mujer contra los chantajes o abusos del marido sino también éste contra los chantajes o abusos de su esposa, y así una persona casada puede contratar libremente con un tercero pero no puede contratar con su cónyuge. No sólo no se liberó a la mujer, sino que se ató al marido con una prohibición proteccionista similar a la que anteriormente tenía la esposa.

En nuestro concepto, no hay ninguna razón para sostener la disposición del Art. 174, que de hecho puede ser violada fácilmente, y la defensa contra un pretendido - - chantaje sentimental que pudiera ejercerse entre los cónyuges, puede ser fácilmente burlada por otros procedimientos.

En igual línea se mantiene el Art. 175 que prohíbe a cualquiera de los cónyuges (antes era sólo a la mujer), intervenir como fiador de su consorte u obligarse solidariamente con él en asuntos que sean de interés exclusivo de éste. Esta disposición es especialmente grave o molesta en los casos de crédito que se otorgan a uno de los cónyuges para construir la casa habitación del matrimonio pues puede resultar, como sucede de hecho con frecuencia, que el matrimonio desea poner esa casa habitación a nombre de la esposa para dar a ésta mayor protección, pero necesitan un crédito hipotecario para realizar la construcción y la mujer, por falta de ingresos propios, no es

sujeto de crédito, ni podría hipotecar la casa en el préstamo que se hiciera al marido, con lo cual la casa se pone a nombre del marido para que éste obtenga el crédito y pueda hipotecarla en garantía del mismo, sin intervención de su mujer, que como se ve, por la prohibición que analizamos, queda sin la casa.

Esta prohibición del Art. 175, da origen a situaciones equívocas si consideramos que el marido, por ejemplo, puede ser fiador de una persona extraña, pero no puede serlo de su esposa. Los artículos 174 y 175 pueden en ocasiones ser un obstáculo al deber de ayuda mutua que también en el terreno patrimonial, se deben los cónyuges.

La disposición del Art. 176 en cambio, es lógica pues el contrato de compraventa cuando se celebra entre los cónyuges que están casados bajo el régimen de sociedad conyugal, que normalmente da participaciones iguales a ambos, no produce en realidad ningún efecto ya que el bien seguirá siendo de los dos en las proporciones señaladas.

Por último, una disposición del Art. 177 señala, que la prescripción no corre entre marido y mujer, aún cuando durante el matrimonio, éstos pueden ejercer las acciones que tengan contra el otro cónyuge.

CLASES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO CANONICO.

Matrimonio Rato: es aquel que, celebrado conforme a los preceptos canónicos, no ha sido seguido todavía de la unión carnal.

Matrimonio Consumado: es el perfeccionado con la cópula carnal.

Matrimonio Verdadero: es el celebrado realmente en tre personas aptas y con todas las condiciones exigibles.

Matrimonio Putativo: es el declarado nulo en virtud de un impedimento dirimente entre los cónyuges.

Matrimonio Presunto: se llamó al contraído por la sola declaración de voluntad ante testigos, a la cual siguiera la cópula carnal.

El concilio de Trento declaró nulos estos matrimonios porque carecían de la presencia del párroco.

El matrimonio Público y de Conciencia es otra división del matrimonio, según que éste se celebre con las solemnidades ordinarias o en secreto y en condiciones de sigilo que impidan a los demás conocer el acto de la celebración.

Matrimonios iguales y desiguales o morganáticos según que se celebren entre personas de idéntica o distinta condición social. Hoy apenas tiene importancia, si se exceptúa tratándose de príncipes y familias reales, cosa que en nuestro país no existe.

El matrimonio Civil: que es del cual nos ocuparemos, y del cual diremos lo siguiente:

Concepto e Historia del mismo: Aunque para nosotros son inseparables en el matrimonio los dos aspectos - de contrato y sacramento, es lo cierto que en las legislaciones positivas se ha destacado el aspecto civil para regularlo exclusivamente las leyes civiles; por esto, se ha definido al matrimonio civil como el contrato civil regulado exclusivamente por las leyes civiles, por medio del cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio y procreación de los hijos.

Discrepa esencialmente del matrimonio canónico, -- porque éste es un sacramento, mientras que aquél un mero contrato o tiene la consideración de tal, bien que del -- contrato emane la sociedad en que, por virtud de la ley, se constituyen marido y mujer.

El matrimonio civil arranca de la reforma protestante, que negó al matrimonio su cualidad de sacramento, dejándolo reducido a la categoría de contrato civil, que debía ser regido por las leyes del Estado.

Admitido en principio como fórmula de transacción con los que no profesaban la religión católica, se miró más tarde como una reivindicación de los derechos de la potestad civil, que se decían usurpados por la iglesia; y la Revolución Francesa, es su enemiga contra ésta y su tendencia secularizadora, afirmó de modo resuelto el carácter meramente civil y de contrato del matrimonio.

En los pueblos modernos se admitió a título de reforma exigida por la libertad de conciencia proclamada -- por las Constituciones Políticas.

Las condiciones esenciales para la existencia del matrimonio son: Dualidad de sexos, consentimiento y cumplimiento de la forma requerida, las tres fundadas en la naturaleza del matrimonio de ser unión bisexual y acto -- consensual y solemne.

La falta de cualquiera de estas condiciones hace -- inexistente o virtualmente nulo el matrimonio, a falta de condiciones necesarias para su validez (vicios de consentimiento, etc.), que sólo lo hacen anulable, pero mientras no se anule produce sus efectos.

El Código no habla de estas condiciones de existencia por su misma evidencia; su defecto hace inexistente -- el matrimonio, y siendo un nada jurídico, es innecesario proclamarlo en un texto explícito por la Ley.

CAPITULO II

NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

EL MATRIMONIO COMO CONTRATO

- a).- Ordinario
- b).- De adhesión.

EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO.

- a).- Condición
- b).- Mixto.

- EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION JURIDICA
- EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO
- EL MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL.

NATURALEZA JURIDICA.

Existen diversas posiciones en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio. Desde el punto de vista exclusivamente jurídico considerado según las distintas posiciones, de la siguiente forma:

COMO CONTRATO.- La concepción del matrimonio contrato, frente a la de matrimonio sacramento, aparece tan pronto como el Estado se siente fuerte ante la Iglesia, y celoso de su soberanía e independencia. Sin embargo la concepción del matrimonio COMO CONTRATO NO RESPONDE NI A LA VERDADERA NATURALEZA NI A LA FINALIDAD AUTENTICA DE ESTA INSTITUCION, y por lo tanto, no puede contribuir a aplicarlo satisfactoriamente. Es una fórmula fallida como justificación de una actitud política.

El matrimonio civil se constituye mediante un acto de un órgano estatal, administrativo o judicial que crea entre los contrayentes una relación jurídica de tipo meramente que no encaje exactamente en la figura del contrato civil.

El Código Civil Mexicano para el Distrito Federal y Territorios se inspira en la idea contractualista. Su orientación no podía ser otra, puesto que en el Artículo 130 de la Constitución Federal se establece expresamente que el matrimonio es un contrato civil.

Desde el punto de vista puramente civil, el matrimonio se define como un contrato solemne, en virtud del cual un varón y una mujer se unen válidamente para el mutuo auxilio, la procreación y la educación de la prole, de acuerdo con las leyes. No obstante el valor legal de

esta calificación ha sido seriamente objetado.

Del matrimonio nos dice Clemente de Diego en su obra "Instituciones del Derecho Civil Español" Tomo II, - pags. 246 y 247, Madrid 1930, nos dice NO es un contrato, porque en su fondo no tiene sino la forma de contrato da da por la expresión del consentimiento. La razón según Clemente de Diego, es muy sencilla, todo contrato necesita de tres elementos o requisitos esenciales para su existencia, y éstos son: Objeto, causa y consentimiento, y en el matrimonio faltan los dos primeros. En efecto, falta el objeto o materia, que en el contrato es una prestación que recae sobre cosas materiales o servicios, pero nunca sobre las personas; y en el matrimonio tiene lugar la entrega de una persona a otra y de ésta a aquélla en toda su integridad. Falta la causa, porque ésta en los contratos es la liberalidad y el interés, y en el matrimonio no puede admitirse que en el terreno de los principios haya otro interés que el amor.

Teniendo en cuenta que, desde el punto de vista -- del Derecho Civil Mexicano, los requisitos del contrato son el consentimiento y el objeto, Art. 1974 del Código Civil del Distrito Federal, se puede negar la naturaleza contractual del matrimonio, por falta de objeto, de acuerdo con el criterio de Clemente de Diego. Una opinión contraria a la de Diego es la del Civilista Mexicano del siglo pasado, Esteban Calvo, quien en su obra "Instituciones del Derecho Civil Tomo I Pag. 19, nos dice del matrimonio que no sólo es un simple contrato sino que es además "el contrato más antiguo que existe entre los hombres pues que siendo la causa de la familia, su existencia debe remontarse hasta el origen de la humanidad".

En cambio en opinión de Sánchez Román, aunque el matrimonio ofrece "una inicial apariencia contractual, por consecuencia de la necesidad del consentimiento o voluntad acorde y manifestado por los que lo celebran, y aún de la incorporación de órdenes verdaderamente contractuales, que se le agregan, "hay que considerar que" lo primero, o sea la intervención de voluntades concordantes, no es bastante para hacerlo entrar de lleno en la categoría de contrato; y lo segundo, que las llamadas usualmente capitulaciones matrimoniales, o contratos sobre bienes con ocasión de matrimonio, representan un accidente, un aspecto secundario que no afecta a la esencia misma de la unión matrimonial, y que puede existir o no y estar de una manera u otra establecido".

Por lo tanto Sánchez Román entiende que "la concepción del matrimonio es más elevada y compleja que la del contrato; la ley civil al regular el matrimonio como institución social y jurídica, unión igual e invariable en todos los casos, como tipo predeterminado que la voluntad de los contrayentes no puede establecer ni modificar en nada a su arbitrio, como en los contratos, no es otra cosa que un régimen positivo subordinado a la ley natural y moral, mucho más incompleto y menos comprensivo que el de ésta, respecto del matrimonio mismo, en tanto que éste y la sociedad conyugal que origina con todas sus consecuencias es, según se ha dicho, "una esencia natural, una relación moral, una institución ética y un orden superior de la vida, que toma del Derecho tanto las formas y condiciones que en lo jurídico son necesarias para su existencia y garantía en el orden social" esto lo expresa Sánchez Román en su obra Estudios de Derecho Civil. Tomo V, Vol. I, págs. 379 a 381.

Rojina Villegas por su parte entiende que debe rechazarse totalmente la tesis contractual del matrimonio, por las razones que expone Bonnacase, en su libro "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia" (el cual se muestra conforme con la tesis institucional), añadiendo que debe reconocerse que en el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participan en forma constitutiva del mismo el Oficial del Registro Civil. En relación a la posición del legislador mexicano frente a este tema, escribe Rojina Villegas lo siguiente: "Aún cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1919, tanto la Constitución como la Ley de Relaciones Familiares, y después el Código Civil vigente han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista, sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el Derecho Canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por esto en el artículo 130 de la Constitución de 1917 se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la iglesia toda ingerencia en la legislación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto. Así se explica que el Artículo 147 del Código Civil prohíba toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, es decir, la perpetuación de la especie y a la ayuda recíproca que se impone a los consortes.

Por la misma razón el artículo 182 declara: Son nu los los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio. De estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que originan, el sistema contractual. Es decir, no sólo se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la Ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o modalidades que -- afecten a este régimen que se considera de interés público. En este sentido es de aplicación estricta el artículo 6 del Código Civil, conforme al cual la voluntad de los particulares no puede eximirle la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. El mismo precepto permite que se renuncien los derechos privados que no afecten directamente al interés público, y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, sí afectaría gravemente al interés público" Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano. Tomo II Vol. I, Pags. 245 - 346.- México 1949.- Editora Porrúa.

Ahora bien, entre los civilistas italianos hay - - quienes defienden la teoría contractual del matrimonio, - como es el caso de Rotondi que la defiende en los siguien tes términos, nos dice que: "Si por contrato (prescindiendo de la exigencia de contenido patrimonial que existe - en la actual definición legislativa) se entiende cual- -- quier negocio bilateral, como tal deberá calificarse el - matrimonio, pero esta afirmación merece una aclaración. - Muchos han negado el carácter contractual, bien por su - contenido netamente extrapatrimonial (reservándose la de- nominación - como en la terminología legislativa- de con- trato de matrimonio a las convenciones patrimoniales que pueden acompañar al matrimonio), bien por su contenido - público, que en otra ocasión se ha puesto ya de relieve . Ninguna de las dos razones persuade. Si de la naturaleza pública deriva una característica de indelegabilidad de - las normas, desde luego desusada en el campo contractual, esto no impide que el vínculo se establezca siempre tópicamente sobre una doble y recíproca manifestación de vo- - luntad de los contrayentes y ello basta para que se re- - cuerde a la figura del contrato como tipo de negocio jurí- dico bilateral.

Rotondi. Instituciones de Derecho Privado. Pags. -- 538 a 539. Trad. Esp. Editorial Labor 1953.

La repugnancia a agrupar en una categoría el con- trato de matrimonio y las convenciones patrimoniales no - está justificada, basta de pensar que el mismo ordenamien- to eclesiástico, que es particularmente sensible al con- tenido ético de esta relación, lo ha constituido como con- trato, y por la figura contractual se pronuncia toda la - tradición canonista.

Si alguna duda puede presentarse en la dogmática-moderna es, ante todo, la que deriva de que en la celebración del matrimonio civil interviene otro sujeto que es : El funcionario celebrante lo cual puede inducir a pensar - que estándose frente a una triple declaración de voluntad se debe reunir a la figura del acto complejo. Pero tampoco esta construcción persuade, siendo tan diversa la voluntad de participación de la voluntad de los contrayentes y la del funcionario celebrante; el cual en realidad lo único que hace es sancionar con su participación el -- efecto de la declaración de voluntad de los esposos, participación que es indispensable, pero que pasa a un segundo plano respecto al consentimiento otorgado por los esposos.

Cabe hacer una aclaración respecto a lo que Roton-di dice respecto a la tradición canónica acerca de la naturaleza contractual del matrimonio, que según el Canon - 1012 del Código del Derecho Canónico, dice: "Cristo Nuestro Señor, elevó a la dignidad de Sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados", y que de acuerdo con el propio canon "por consiguiente entre bautizados no -- puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea un sacramento" (mismo Canon 1012 Código de - Derecho Canónico), y que el contrato a que hace referencia el Derecho Canónico es un contrato "Natural" no civil.

En la traducción española del Código de Derecho Canónico, publicada en Madrid en el año de 1945, por la Biblioteca de Autores Cristianos, en relación al Canon - -- 1012, los Doctores Miguez, Alonso y Cabreros hacen los siguientes comentarios al antes citado Canon: Dicen que "El contrato matrimonial lo instituyó Dios al crear a -- nuestros primeros padres y permaneció en estado de contra

to natural hasta el advenimiento de Cristo. Aunque de -- Institución Divina puede la potestad humana competente legislar acerca de él, respetando aquellas características que son peculiares por derecho natural y divino y, como tales inmutables. Pues bien, este contrato "Natural" es el que elevó Cristo a la dignidad de Sacramento sin inmutar en lo más mínimo su carácter de contrato. De donde se desprende : a).- Que el Sacramento no resulta del contrato natural y de otro elemento extrínseco a él, sino que el mismo contrato matrimonial entre cristianos es sacramento, y el sacramento, en su integridad, es contrato; b).- Que siendo una misma cosa el contrato y el sacramento, no hay posibilidad de separar uno de otro; tratándose del matrimonio entre cristianos, si no hay contrato válido, no hay sacramento, y si no hay sacramento no hay contrato".

Sin embargo para la iglesia católica el carácter sacramental del matrimonio está por encima del contractual.

Degni en su obra "Il diritto de Famglia del nuovo código italiano" Pags. 11 y siguientes, 1943, nos dice lo siguiente: Que cuando se dice que el matrimonio es un contrato no se debe creer que se trata de un contrato como la generalidad de los contratos.

El matrimonio es según este civilista, un contrato en cuanto a que surge por efecto de la voluntad de los esposos, más no deja de tener una particular estructura vinculado íntimamente con los fines que el instituto del matrimonio se propone, por lo que se distingue de todos los otros contratos y justifica y explica los límites señalados por la Ley, en interés general, en eficacia a la voluntad de los contrayentes. Sostiene también Degni, que

el consentimiento no puede ser solamente como el presupuesto para la constitución del matrimonio. La intervención del Estado es esencial, sin duda a su juicio para la perfección del matrimonio, pero únicamente, como elemento de reconocimiento de la voluntad de los esposos y de la falta de impedimentos para la validez del acto. Pero la voluntad del Estado no puede colocarse en el mismo plano que la voluntad de las partes para unirse en matrimonio. La voluntad del Estado, es indispensable para la formación legal del matrimonio por exigencias de orden social, pero el elemento constitutivo proviene siempre y únicamente de la voluntad de los contrayentes.

La naturaleza del matrimonio que esta tesis sostiene fue defendida también por el Lic. Agustín Verdugo, destacado civilista mexicano, y para el cual el matrimonio tiene "de particular y característico que, si bien a primera vista y en sus elementos y condiciones sustanciales, parece ser uno de tantos contratos o convenciones formados por el convencimiento y voluntad de los contrayentes, que se ponen de acuerdo sobre obligaciones y deberes determinados de antemano -in idem placitum consensus- examinando de cerca y detenidamente se ve que es muy diferente de los contratos, pues por un lado la voluntad que lo forma no se limita al orden físico a que pertenecen los bienes materiales, objeto de la generalidad de los pactos humanos, sino que se extiende al orden moral en el cual caben las varias obligaciones que el matrimonio impone; y por el otro, su cumplimiento o no cumplimiento, jamás es un hecho que se reduzca a la individualidad de los cónyuges y sea susceptible de ser apreciado tan concreta y exactamente como la entrega de la cosa en el contrato de compraventa por ejemplo en el matrimonio sin perjuicio -- del consentimiento de los contrayentes, sostiene el Lic.

Verdugo, debe verse un conjunto de graves e impotentes -- circunstancias, una serie de resultados de incalificable precio; un principio en fin, cuyas numerosas aplicaciones se extienden sobre seres extraños a él, de tal manera que es sólo considerarlo bajo uno de sus puntos de vista, decir que no difiere de los otros contratos. (Verdugo. Principios de Derecho Civil Mexicano. Tomo II Pags. 6 y 7).

Fundamentalmente la calificación de contractual -- que se atribuye al matrimonio se funda históricamente en un propósito manifiesto de diferenciación frente al matrimonio canónico, y establecer una separación radical entre dos realidades que en cualquiera de sus formas (Civil o Religiosa) constituyen una institución natural susceptible de ser objeto de una doble regulación sin que ello afecte a su unidad esencial.

La doctrina contractual como explicación de la naturaleza del matrimonio tiene diversas versiones, pues se presenta como un contrato ordinario, como un contrato de los llamados de adhesión, y como un contrato Sui Géneris, según los distintos autores que apoyan esta posición.

Esta doctrina favorece la tesis de la disolución del matrimonio mediante el divorcio vincular, con el efecto de que los cónyuges divorciados queden en libertad de contraer nuevos vínculos matrimoniales.

COMO CONTRATO ORDINARIO.

Principalmente se hace resaltar el hecho de que -- los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil, por lo que se considera -- en éste, como en todos los demás contratos, el elemento -- esencial es el consentimiento de las partes. Basándose -- en este hecho (el consentimiento de las partes) se le ha considerado desde que se separó el matrimonio eclesiástico del civil en Derecho Positivo así como en la doctrina -- como un contrato en el cual existen todos los elementos -- esenciales y de validez de dicho acto jurídico.

Esta posición contractualista aún cuando varios autores la sostienen, no pueden sin embargo dejar de reconocer la naturaleza mixta que existe dentro del mismo acto jurídico; ya que si bien existe el consentimiento por parte de los consortes, la función que desempeña el Oficial del Registro Civil es meramente constitutiva y no sólo de clarativa, ya que sin su participación y sin la expedición del acta respectiva dicho acto jurídico no tendrá -- validez alguna desde el punto de vista jurídico.

Esta situación será analizada posteriormente cuando me ocupe de los Actos Jurídicos Mixtos.

No puede concebirse un contrato en el que las partes no tengan derecho a estipular sus propias cláusulas, términos y condiciones, situación que en el matrimonio no se suscita ya que éstos son establecidos de antemano por la Ley. Así mismo no hay contrato en el que el mutuo disenso disuelva el mismo, si las partes no quieren que el vínculo subsista, situación que es totalmente inaplicable

en el matrimonio.

El matrimonio civil se constituye mediante un acto de un órgano estatal administrativo o judicial que crea - entre los contrayentes una relación de tipo jurídico que no encaja exactamente en la figura del contrato civil.

Por su parte Bonnacasse en su obra "Filosofía del Código de Napoleón Aplicado al Derecho de Familia" sostiene como totalmente falsa la tesis contractual, ya que considera que en el matrimonio no se cumplen las reglas que lo caracterizan como un contrato, ni menos aún existe el principio de la autonomía de la voluntad en lo referente a sus efectos y disolución, situación bastante explicable ya que como anteriormente se dijo, no pueden los consortes alterar el régimen matrimonial, imponiendo condiciones que no sean las que imperativamente determina la Ley. En lo referente a su disolución, también sostiene - Bonnacasse, tiene una radical diferencia con los contratos misma que antes mencioné y es que en el matrimonio a diferencia de los contratos en los que el mutuo dicenso los da por concluidos en el matrimonio no basta el mutuo dicenso de los cónyuges para disolver el vínculo.

Compartiendo la opinión de Bonnacasse en cuanto a que debe desecharse por completo la teoría del matrimonio, porque además de las razones que Bonnacasse expone, Rojina Villegas** nos dice que hay que reconocer además que en el terreno del Derecho de la familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico-mixto en el cual participa en forma constitutiva el mismo

* Traducción del Lic. José Ma. Cajica Jr. Puebla 1945.

**Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil. Vol. I Pag. 285, Editorial Porrúa 1974.

Oficial del Registro Civil.

Acudiendo a la cita del mismo autor en la que nos muestra que en nuestro Derecho el artículo 155 del Código de 1889 que expresamente decía "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

En la Ley de Relaciones Familiares en su artículo 13 decía "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". En nuestros textos legales, la Constitución, la Ley de Relaciones Familiares, y posteriormente - el Código Civil vigente, se ha seguido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, pero compartiendo la opinión del Maestro Rojina Villegas, pienso que esta apreciación tuvo como objeto única y exclusivamente separar de una manera radical el matrimonio Civil del Religioso, es decir, negar el principio consagrado por el Derecho Canónico que dio carácter de Sacramento al matrimonio.

Por lo que a la referencia que del matrimonio nos hace el artículo 130 constitucional en que se refiere al mismo como un contrato civil de competencia exclusiva de los funcionarios y autoridades del orden civil, y de lo que desprende, compartiendo aún la opinión de Rojina Villegas*, debe pensarse que el legislador mexicano al adoptar tal actitud lo hizo con el fin únicamente de negar toda ingerencia de la iglesia en la regulación jurídica -

* Rojina Villegas, obra antes citada.

del matrimonio, en su celebración, en las consecuencias de su divorcio y en los impedimentos para dicho acto.

De esta manera se explicaría el artículo 147 del actual Código en el que se prohíbe toda estipulación o acuerdo que se hagan en contra de los fines del matrimonio. De la misma manera que al artículo 182 nos dice: "Son nulos todos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los fines naturales del matrimonio".

Como se puede notar, dichos artículos limitan de forma tajante la autonomía de voluntad que viene siendo una de las partes esenciales de los contratos, cosa que nos da a entrever la observación que antes se hizo, de que la finalidad del Estado al separar en forma definitiva el matrimonio civil del religioso, lo hizo con la intención únicamente de limitar o más bien de eliminar la ingerencia de la iglesia en lo referente a su celebración y consecuencias así como en su disolución y los efectos de ésta.

Por lo que toca a la disolución del matrimonio, la Ley es clara al señalar que sólo procederá por las causas que ésta señala o bien por el mutuo consentimiento de las partes.

? Esto nos llevará a pensar que por lo referente a su disolución o mejor dicho en esta forma de divorcio se podría incorporar dentro del régimen contractual, pero analizando detenidamente esta situación encontramos, que si bien la Ley establece como en los contratos claramente las causas motivo de divorcio y también encontramos que igualmente como en los contratos también se puede llevar a cabo o es procedente el divorcio, por el mutuo consenti

miento de las partes, también es cierto que en ambas situaciones para poder efectuar o llevar a cabo tal acto es necesariamente indispensable la intervención de un Juez y en su caso del Oficial del Registro Civil.

De este concluimos que ni en su disolución podría enclavarse dentro de la categoría de los contratos ya que no depende su disolución única y exclusivamente del común acuerdo de las partes, sino que para que esto suceda, debe forzosamente haber resolución o sentencia del Juez Civil, decretando la disolución del vínculo; de lo contrario éste seguirá existiendo.

EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO.

León Duguit, tratadista francés del Derecho Constitucional, defendió en Francia esta tesis, encuadrando el matrimonio dentro de los actos que él defendió como actos jurídicos, que en el Derecho Privado las situaciones objetivas nacidas a consecuencia de estos actos son muy numerosas. El estado de las personas casadas según razonaba él, es determinado y razonado por la Ley, pero no nace -- sino después del matrimonio. No es este acto, el que da nacimiento a la situación que se aparece en seguida de -- él; ella es creada y regulada por la Ley, pero la aplicación de ésta, se encuentra subordinada a la del matrimonio.

Cicu sostiene por su parte rechazando la teoría contractualista, que el matrimonio es un acto de poder estatal; para él la constitución del matrimonio se realiza por el acto de pronunciamiento que por medio del Oficial del Registro del Estado Civil formula el Estado. Dicha intervención en opinión de este civilista, es activa y no meramente certificativa, puesto que el Oficial del Registro Civil está facultado para examinar si existe o no obstáculo para la celebración del matrimonio. Señala el mismo autor la importancia que en apoyo de su tesis tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al Oficial del Registro y por él recogida personalmente en el momento en que se preparan para el pronunciamiento, y la circunstancia de que cualquiera otra declaración o contrato realizado entre los esposos carezca de valor jurídico.

Entiende también que admitido el interés en la constitución de relaciones familiares es también interés del Estado, no existe dificultad alguna para considerar el matrimonio como constituido formalmente por acto del poder estatal. Además dice que no es dudoso que ésta fuera la meta de la evolución histórica. Es el Estado el que une en matrimonio; se objetará que además del interés del Estado existe el interés distinto de los esposos, el cual incluso debe considerarse como preponderante, tanto que el estado está obligado, en defecto de impedimentos, a la celebración. Pero el interés de los esposos no puede ser considerado como un interés individual privado de los mismos; por consiguiente, también bajo este aspecto la concepción pluralista carece de base.

MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO. CONDICION.

León Duguit, tratadista francés, al encuadrar en su obra "Tratado de Derecho Constitucional", al matrimonio como un acto jurídico, él lo clasificaba dentro de lo que él llamaba Actos Jurídicos Condición, y lo razonaba de esta manera, decía que el estado de las personas casadas, es determinado y razonado por la Ley, pero esto no nace sino hasta después del matrimonio, y pensaba que el matrimonio no es el que da nacimiento a la situación que se aparece en seguida de él, ésta es creada y regulada por la Ley, pero su aplicación se encuentra subordinada al matrimonio. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Por lo que la celebración del matrimonio trae como consecuencia la puesta en marcha de una serie de normas que vendrán a regir en forma permanente la relación de los cónyuges.

MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO. MIXTO.

Antes de adentrarnos en esta situación cabe hacer una pequeña clasificación de los actos jurídicos que se refiera como sigue: Actos Jurídicos Privados, que son los que se realizan por la exclusiva intervención de particulares y contrato. Actos Jurídicos Públicos que son aquellos en los que únicamente participa el Estado, y finalmente los Actos Jurídicos Mixtos en los que hay la participación del Estado o sus funcionarios y los particulares.

Una vez hecha esta clasificación queda de relieve la aceptación o inclusión del Acto Jurídico del Matrimo-

nio dentro de la rama de los Actos Jurfdicos Mixtos ya -- que en él hay la participación. Primero los particula-- res -en este caso los cónyuges- que son quienes manifiestan su voluntad de unirse, sino que también segundo térmi no la intervención del Oficial del Registro Civil, quien no solamente desempeña una función declarativa sino que - además desempeña una función constitutiva, ya que si toma mos en cuenta que se omitiese el acta en la cual los con sortes manifiestan su voluntad y la declaración que deben hacer ante el funcionario antes mencionado, para conside rarlos como legítimamente unidos, el matrimonio desde el punto de vista jurfdico no existiría.

EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION JURIDICA.

El matrimonio es, desde luego, una institución como lo es, por ejemplo, el contrato o la letra de cambio, pero esta clasificación, lejos de aclarar el problema de la determinación de su naturaleza, lo que hace es dificultarla.

Bonnecasse, especialmente, ha dedicado una atención y un esfuerzo extraordinario en defensa de esta tesis, tomando como punto de partida el concepto de institución -- formulado por Hauriou, el cual en lugar de considerar la institución jurídica exteriormente desde el punto de vista de la técnica jurídica la examina, por lo menos preferentemente, desde el punto de vista interno, desatendiendo las reglas del mismo que se trata de organizar socialmente, para situarse en el centro de éste y describir la vida que circula en él una vez terminada su organización-jurídica.

Considerando que el matrimonio desde el punto de vista jurídico traduce un hecho natural (la unión de los sexos y la familia que se deriva de él) y teniendo en cuenta el concepto de institución (el formulado por Hauriou), de acuerdo con Bonnecasse, el matrimonio no puede ser otra cosa que "una institución formada de un conjunto de reglas de Derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar la unión de los sexos y, por lo mismo, a la familia", una organización social y moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción de Derecho.

Esta explicación de la naturaleza del matrimonio-

tiene una extraordinaria aceptación entre los tratadistas de Filosofía del Derecho. Legaz por ejemplo, sostiene -- que el matrimonio no es un contrato, sino una institución. Del contrato -dice-* el matrimonio posee la apariencia solamente; el "acuerdo de voluntades" que constituye la superestructura del contrato, pero la falta de la infraestructura del mismo. Aquel cómputo Utilitaris referido a cosas o prestaciones valorables económicamente que es incompatible con la esencia misma de la institución matrimonial (aún cuando en la vida se den casos en los que el matrimonio es reducido, en efecto, a un contrato celebrado con miras utilitarias, lo cual constituye, cabalmente, una inmoralidad).

EL MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL.

Se pone en claro en estas consideraciones la importancia que la declaración de voluntad de los esposos sea dada ante un Oficial del Registro Civil y recogido por él personalmente en el momento en que se prepara para el pronunciamiento. Además toda otra declaración o contrato -- realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. De esto se deduce que la Ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la concorde -- voluntad de los esposos, no es más que condición para el pronunciamiento; éste, sólo éste, es constitutivo del matrimonio. Por otra parte lo que más contribuye a mantener firme a la tesis contractual es la consideración de -- que hay libertad de unirse o no en matrimonio y que sin -- la concorde voluntad de los esposos el matrimonio no es -- concebible.

* Legaz Lacambra; Filosofía del Derecho, pag. 631, Barcelona 1953.

CAPITULO III

- CONTRATOS
- CONCEPTO
- FINES, ELEMENTOS ESENCIALES
- CLASIFICACION GENERAL.

C O N T R A T O S .

DEFINICION: Se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios. El convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto el convenio tiene dos funciones: Una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos y otra negativa: Modificarlos o extinguirlos. Preferimos decir derechos reales y personales, y no derechos patrimoniales, en virtud de que pueden existir derechos personales de contenido extrapatrimonial.

En la terminología jurídica se ha hecho una distinción entre contrato y convenio en sentido estricto; al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y al convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones. El convenio *Catosensu*, comprende ambas funciones. El Art. 1792 del Código Civil Vigente en el Distrito Federal y transitorios dice: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones", y el 1993 dice que "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

El contrato da derechos reales o personales, o bien los transmite, pero el contrato no puede crear derechos distintos.

Hay derechos patrimoniales, como son los políticos, los públicos, subjetivos, los de potestad y los del Estado Civil. El contrato no puede referirse ni a la creación ni a la transmisión de estos derechos no patrimoniales, y por esto se dice "que el matrimonio no es contrato" o bien, es un *Sui Géneris*, o un acto del estado civil en su aspecto fundamental, y un contrato sólo en sus efectos patrimoniales. Los derechos y obligaciones que engendra el matrimonio pueden ser patrimoniales o no patrimoniales, las obligaciones de fidelidad entre los cónyuges, de vida común, etc., no son patrimoniales y sin embargo son creados por este acto jurídico.

Dentro de los derechos y obligaciones que engendra o transmite el contrato, no sólo hay derechos personales, sino que también los hay reales. Existen contratos que -

originan exclusivamente derechos personales, otros que -- crean derechos reales y personales, y pueden haber contratos que exclusivamente tengan por objeto dar nacimiento a derechos reales.

Hay contratos, como el mandato, el depósito, el comodato y el arrendamiento, que crean exclusivamente derechos personales. En los de prestación de servicios se advierte, desde luego, que se trata de derechos personales--consistentes en la ejecución de un trabajo, de un hecho, de un servicio, y en la remuneración de este trabajo, trátase del mandato o de la prestación de servicios profesionales o no profesionales.

En otros contratos, como el arrendamiento, y el comodato, en que transmite temporalmente el uso de una cosa también se originan exclusivamente derechos personales. - La transmisión del uso en el arrendamiento o en el comodato, no engendra el derecho real del uso.

CLASIFICACION.

a).- Contratos en sí mismos, y b).- Las relaciones que se pueden guardar con otros.

CONTRATOS EN SI MISMOS.

Dentro de esta forma, para poder formar el criterio en cuanto a incluirlos en esta clasificación, debemos fijarnos en ciertos efectos que producen los contratos. - Por ejemplo si tomamos en cuenta que el contrato produzca o cree obligaciones para todas las partes, o que no surta tal efecto, que sólo produzca obligaciones, en este supuesto podemos clasificar los contratos en Bilaterales o Sinalagmáticos y Unilaterales.

Cuando el contrato produce consecuencias recíprocas para las partes en cuanto a provecho, ventajas o también porque no en cuanto a gravámenes o cargos, o bien ya sea el hecho de que haya sólo ganancias para una sola de las partes y sólo gravámenes o cargos para la otra, podemos clasificar los contratos en onerosos y gratuitos, - sin olvidar claro está, que dentro de esta clasificación puede haber cabida para una segunda clasificación o subclasificación que puede quedar encuadrada de la siguiente manera, cuando el contrato oneroso implica para los contratantes, una reciprocidad de provechos y de gravámenes, a cada uno de los contratantes; en pocas palabras, que -- así como les reporta ventajas también les reporta cargos, dentro de su generalidad de oneroso. Podemos distinguirlos en **CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS.**

Los primeros son aquellos en los que en el momento

mismo en el que el contrato se celebra es posible determinar si habrá pérdidas o ganancias para algunos de los contratantes.

Los segundos o sea los ALEATORIOS, son aquellos en los que en el momento de su perfeccionamiento no es posible determinar el monto de una ganancia o pérdida ya que están sujetos a un acontecimiento incierto.

Puede haber también una clasificación de los contratos desde otro punto de vista o mejor dicho atendiendo a su reglamentación o a su omisión por parte de la Ley; de este punto de vista podemos concluir en la siguiente clasificación: Son NOMINADOS e INNOMINADOS.

Otro tipo de clasificación podría ser atendiendo a su forma o perfeccionamiento; desde este punto de vista podemos decir que existen cuatro clasificaciones o especies que son consensual, formal, solemne y real.

Otra manera para la clasificación de los contratos, el papel que desempeña la voluntad de los contratantes. Todo contrato supone un acuerdo de voluntades que es condición indispensable o SINE QUA NON; para la existencia del contrato, esta característica puede ser desigual; desigual para una de las partes, proponiendo una de ellas, cláusulas o modalidades en su provecho con un mínimo de riesgo para ella, y la otra parte únicamente acepta las condiciones. En resumen, como en todos los contratos se requiere de dos voluntades, pero en realidad, la influencia de una de ellas es preponderante en la confección y preparación del contrato. Estos contratos se distinguen como contratos de adhesión y los contratos de igual a -

igual o de mutuo acuerdo.

Pasando al tipo de clasificación desde el punto de vista de la relación que tengan con otros contratos,* - se puede hacer la clasificación de la siguiente forma: - Mixtos o Complejos y Simples.

Los contratos Complejos o Mixtos son aquellos en los cuales en un solo contrato se comprenden obligaciones que corresponden a diversos contratos, por lo que nos encontramos con que hay una fusión de una diversidad de contratos englobados en uno solo, ya sea porque así lo hayan querido las partes o bien porque exista una reglamentación legal de esta naturaleza.

Dentro de este punto de vista, en su relación que guardan con otros contratos, tenemos también la clasificación de Contratos Principales y Contratos Accesorios.

El contrato Principal existe por sí mismo, no depende de otro contrato ni de una obligación preexistente, sino que tiene autonomía jurídica propia. En el contrato accesorio se presume la existencia de otro contrato o de una obligación principal que generalmente sirve de garantía, aunque no siempre el contrato accesorio es de garantía.

Podemos hacer también otra clasificación de contratos agrupándolos en PREPARATORIOS y DEFINITIVOS.

* Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos - Asociación Nacional del Notario Mexicano, A.C.- Dr. Francisco Lozano Noriega.- México 1970.

Los Preparatorios como su nombre lo indica, sirven - de preparación para otros contratos; son un antecedente al contrato definitivo.

Ahora pasaré a hacer una mención breve de cada una de las clasificaciones anteriores.

CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES:

El contrato bilateral o sinalagmático produce obligaciones recíprocas; todos los contratantes, todas las -- personas cuya voluntad ha llegado a un acuerdo con otras -- voluntades, para producir el acuerdo quedan obligados. -- El contrato trae consigo obligaciones para todos los -- contratantes; algunos autores explican que la obligación de un contratante tiene como causa la obligación del otro; -- esencialmente para que exista el contrato bilateral se ne -- cesita que desde el momento en que se celebra, exista una obligación a cargo de todos los contratantes, que serán -- exigibles de inmediato, que estarán sujetas a modalidades, términos y condiciones. Art. 1836 del Código Civil del -- Distrito Federal: El contrato es bilateral, cuando las -- partes se obligan recíprocamente.

En el contrato unilateral solamente se crean obligaciones para uno solo de los contratantes; es notable -- que en el contrato unilateral solamente una de las partes se obliga; el contrato no acarrea obligaciones para la -- otra parte, sino sólo para una de ellas. Art. 1835: El -- contrato es Unilateral cuando una sola de las partes se -- obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. Cód -- igo Civil del Distrito Federal.

Cabe hacer la diferencia entre Acto Unilateral y -- Contrato Unilateral; en el contrato es requisito esencial el acuerdo de voluntades, y acto unilateral a diferencia -- del contrato unilateral, no es obra de dos voluntades, si -- no solamente de una.

ESTA TESIS NO DEBE 79
SALIR DE LA BIBLIOTECA

CONTRATOS ONEROSOS O CONTRATOS GRATUITOS.

El Artículo 1837 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice: Que es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito - aquel en que el provecho es solamente de una de las partes. Generalmente aún entre los autores de derecho existe la conjunción entre el contrato oneroso y el contrato bilateral, basados en la consideración de si existe o no reciprocidad, primero respecto de obligaciones, la segunda respecto de ventajas y gravámenes. Art. 1837: ... y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una -- de las partes.

Lo común y corriente, o la regla general, es que - el contrato oneroso sea bilateral. Pero no es necesario, no es un carácter inseparable del carácter oneroso la - bilateralidad.

CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS:

Hacer una definición es un poco difícil, y más que una definición trataré de dar un concepto más o menos preciso de lo que es un contrato aleatorio: todo contrato -- oneroso que no sea aleatorio, es conmutativo, es decir, -- es un concepto por exclusión, o de una forma general podemos decir que es aquel contrato que se forma o realiza -- para la utilidad recíproca de las partes.

Artículo 1838 del Código Civil del Distrito Federal: El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellos puedan apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les causa éste. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.

En el contrato aleatorio, la prestación no está de terminada y sólo por ello es aleatorio, y no porque se ignore si habrá pérdida o no.

Puede decirse que los contratos onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios, a los cuales hice referencia en el párrafo anterior en una forma muy general y con la definición que de ellos se hace en el Código Civil del Distrito Federal.

INNOMINADOS

Contratos Nominados e Innominados:

En el antiguo Derecho Romano, se entendía por contratos nominados los que tenían un nombre y además no estaban reglamentados por la Ley, y los contratos innominados, al no estar reglamentados por el Derecho Civil, carecían de acción que pudiera tutelar a los que celebraban estos pactos.

En el último estado de la evolución del Derecho Romano, los contratos innominados tenían las siguientes características: a) Eran bilaterales necesariamente. b) - Eran contratos reales que se perfeccionaban precisamente por un principio de ejecución. c) Estos contratos estaban sancionados PRESCRIPTIS VERBIS, y d) La parte que había cumplido, podía exigir de la otra, no el cumplimiento, sino la devolución de la cosa que había entregado - - quien había cumplido; esto se exigía por la CONSIITIO OT - REM LATI, que era una acción en repetición, no una acción de cumplimiento.

En sentido moderno entendemos por contrato nominado aquel que ha sido objeto de una reglamentación legal. Contrato innominado es el que carece de una reglamentación legal.

El interés consiste en saber cuáles son las reglas por las que se rigen estos contratos y estas reglas son diferentes según se trate de contratos nominados e innominados. En el Código Civil del D.F. en el Art. 1858 se establece que: "Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos".

CAPITULO IV.

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

No se puede considerar el matrimonio como un contrato.

1.- Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes, - ya que éstas no pueden estipular condiciones y términos - ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario a lo anticipado por la Ley.

El Artículo 182 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, dice: Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio.

La libertad de estipular condiciones (cláusulas, - modalidades, etc.), surge en los contratos cuando se refiere a intereses patrimoniales, y aún en tal caso se encuentra limitado de lo que se refiere que el matrimonio - no alude a intereses patrimoniales, y si en el matrimonio no pueden estipularse cláusulas, términos, etc., por parte de las partes no se respeta una de las máximas de los contratos en lo referente a que la suprema ley de los contratos es la voluntad de las partes, por tanto no debe -- considerarse el matrimonio como tal.

2.- En cuanto a su disolución, existe una diferencia radical con los contratos ya que no depende su disolución única y exclusivamente de la voluntad de las partes, -en este caso los cónyuges- mientras que todos los contratos concluyen por mutuo disenso, sino que en este caso - quien tiene la decisión final para dar o no por concluido - el vínculo matrimonial es el estado por conducto del Juez competente, por lo que tampoco en lo referente a su diso-

lución, se puede catalogar de Contrato al matrimonio.

3.- Es indudable que estamos ante un acto jurídico mixto, que si bien no daría una definición exacta o sería catalogación exacta del matrimonio, sí demuestra palpablemente el error en que se incurre al incluir o catalogar al matrimonio dentro de los Contratos.

4.- Queda claro también que al adoptar nuestro sistema jurídico, el "Contrato del Matrimonio" lo hace con el primordial propósito de separar tajantemente y de una manera definitiva el matrimonio civil del religioso y la influencia que la iglesia tenía sobre este acto, pero indudablemente el legislador lo hace influenciado por una corriente extranjera y no después de un estudio que es como debió llegarse a esta conclusión, y a no incurrir en el garrafal error de adoptar un criterio extranjero sintomarse la molestia de analizarlo a fondo e incluso peor aún, incluirlo en la columna vertebral del ordenamiento jurídico del país como lo es nuestra Constitución.

5.- Concurren en el matrimonio, no sólo el acuerdo o consentimiento de los consortes, sino además del Oficial del Registro Civil, por lo que debe considerarse al matrimonio como un Acto Jurídico Mixto, ya que aparte de la voluntad y con sentimiento de los consortes concurre como ya lo dije, del Oficial del Registro Civil, que es un órgano del Estado, y por definición los actos jurídicos en donde hay intervención de un particular y un órgano del Estado se denominaron Actos Jurídicos Mixtos.

6.- Siendo el matrimonio como ya lo dijimos, un acto jurídico Mixto, rechazo definitivamente la tesis contractual del mismo, ya que no corresponde dicha tesis ni

a la definición por naturaleza del matrimonio ni mucho menos a sus fines esenciales.

7.- Debe erradicarse totalmente de los Códigos Civiles del país la referencia que hacen al matrimonio en sus diferentes artículos de que dicho acto sea denominado como contrato ya que de ninguna manera corresponde a la naturaleza jurídica de dicho acto, y que si el legislador lo denominó así, fue sólo por una mera influencia del exterior, y con el afán de separar tajantemente el matrimonio de la influencia de la Iglesia.

8.- Debe también eliminarse del artículo 130 de nuestra Constitución la referencia de que contrato se hace del matrimonio, ya que no creo haya base alguna para referirse al matrimonio como un contrato, que si en los diversos Códigos del país considero un error el referirse de esa manera a dicho acto, más grave aún considero el que se le denomine así en nuestra Carta Magna.

9.- Deben reformarse los artículos de los diversos Códigos Civiles de los Estados de la República que se refieran al matrimonio, ya que considera una aberración el que se siga denominando o refiriéndose al matrimonio de esta manera, cuando está plenamente demostrado que no lo es y aún más preferentemente el 130 de nuestra Constitución, eliminando definitivamente la alusión que de contrato se hace del matrimonio.

BIBLIOGRAFIA.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil del Estado de Jalisco.

Código Civil del Estado de Tamaulipas.

Código Civil para el Distrito Federal.

Edición conmemorativa del 50 aniversario de su entrada en vigor.

Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

Lics. Gabriel Leyva y Lisandro Cruz Ponce.

T E X T O S .

Apuntes de Derecho Romano.

Lic. José Luis Villaseñor Dávalos.

Ediciones U.A.G.

Guadalajara, Jalisco, México 1977.

Elementos de Derecho Civil Mexicano.

Rafael de Pina.

Editorial Porrúa.

México 1960.

Apuntes "CONTRATOS"

Lic. Alberto Gariby Harper.

Ediciones U.A.G.

Guadalajara, Jalisco, México 1977.

Compendio de Derecho Civil.

Rafael Rojina Villegas.

Tomo I

Editorial Porrúa.

México 1974.

Compendio de Derecho Civil

Rafael Rojina Villegas.

Tomo II

Editorial Porrúa.

México 1974.

Cuarto Curso de Derecho Civil.

Contratos.

Dr. Francisco Lozano Noriega.

Asociación Nacional del Notariado -

Mexicano, A. C.

México 1970.

INSTANESIS

TESIS • INFORMES • MEMORIAS
COPIAS • REDUCCIONES • EN-
CUADERNADO • IMPRESIONES •
COPI-OFFSET • TRANSCRIPCIO-
NES IBM EN LINO • DIBUJO DE
GRAFICAS, PLANOS Y ORGANI-
GRAMAS • HELIOGRAFICAS •
REVELADO KODAK.

ENRIQUE G. MARTINEZ No. 30
(ANTES PARROQUIA)
TEL. 13-99-23 GUADALAJARA