



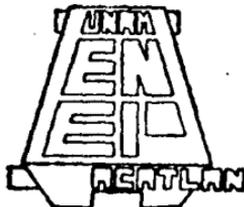
**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

**Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"ACATLAN"**

217
Zej.
RECIBIDO EN
ACATLAN
MAY 19 1995

**FALLA DE ORIGEN
ANALISIS JURIDICO DEL MATRIMONIO
EN ROMA**

T E S I S
Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
JOSE DE JESUS MARTINEZ VEGA



México, D. F.

1995



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.



Gracias Señor

Creador,

**Por permitirme ascender
en el camino de la
sabiduría y de la verdad
Profesional.**





**A ti,
que te encuentras más allá
de los astros sin que tu ausencia
sea motivo, para dejarme
sentir tu voz
para seguir guiándome y recordando
los principios fundamentales,
Gracias, Padre.
Porque hoy estás conmigo.**

**A tí
que con tus quehaceres
dedicación y esfuerzo,
lograste formar un hombre
con sus propios principios e
ideales y ahora concreta
un peldaño importante.
Gracias Madre.**



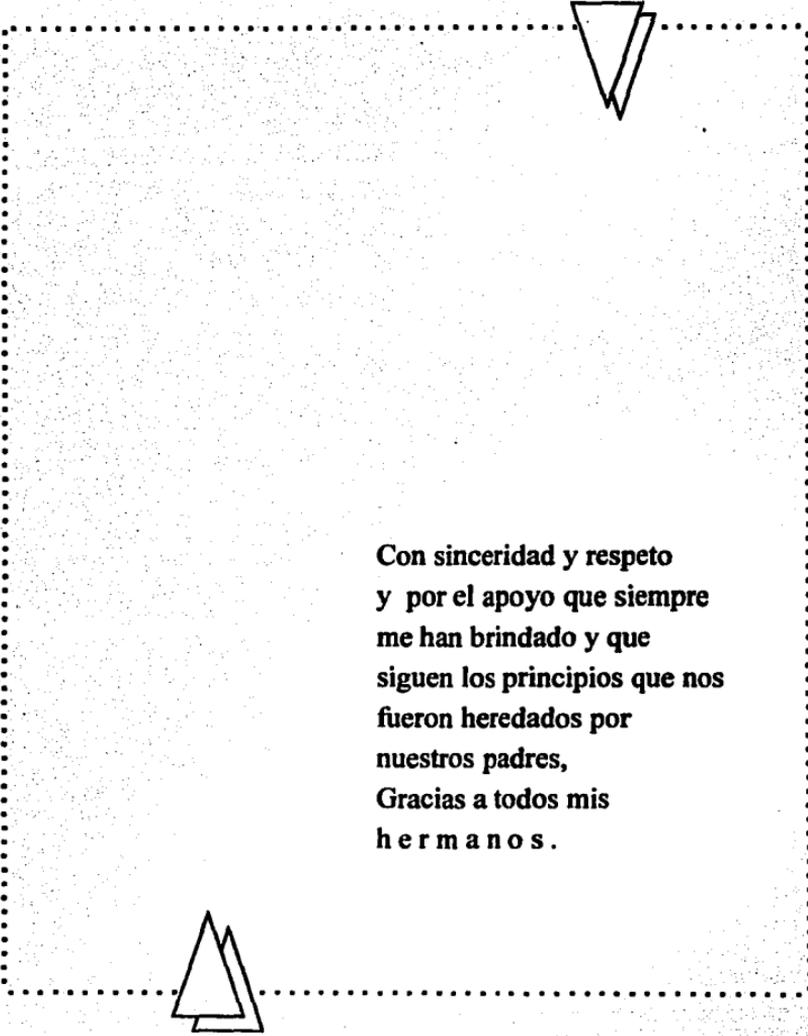


**A ella,
que con su apoyo,
comprensión y su compañía,
y con verdadero cariño,
hemos logrado concretar
lo más anelado en
la vida.**

Tu mi novia de siempre.

**Con ilusión
para la semilla
de mi corazón,
que hoy es
manantial de nueva vida.**





**Con sinceridad y respeto
y por el apoyo que siempre
me han brindado y que
siguen los principios que nos
fueron heredados por
nuestros padres,
Gracias a todos mis
hermanos.**



A ellos

**A los pilares de la sabiduría
que con su empeño forjaron
en mí los cimientos de esta
Profesión.**

**Y un reconocimiento muy
especial a los Señores**

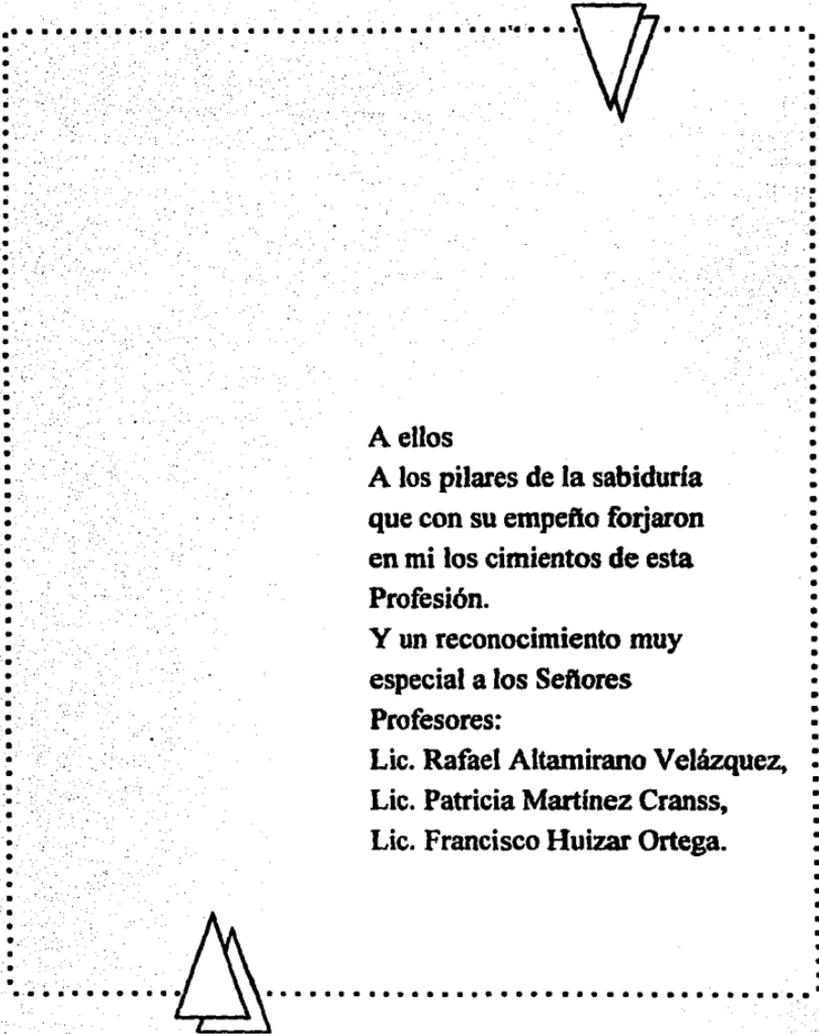
Profesores:

Lic. Rafael Altamirano Velázquez,

Lic. Patricia Martínez Cranss,

Lic. Francisco Huizar Ortega.





A ellos

**A los pilares de la sabiduría
que con su empeño forjaron
en mí los cimientos de esta
Profesión.**

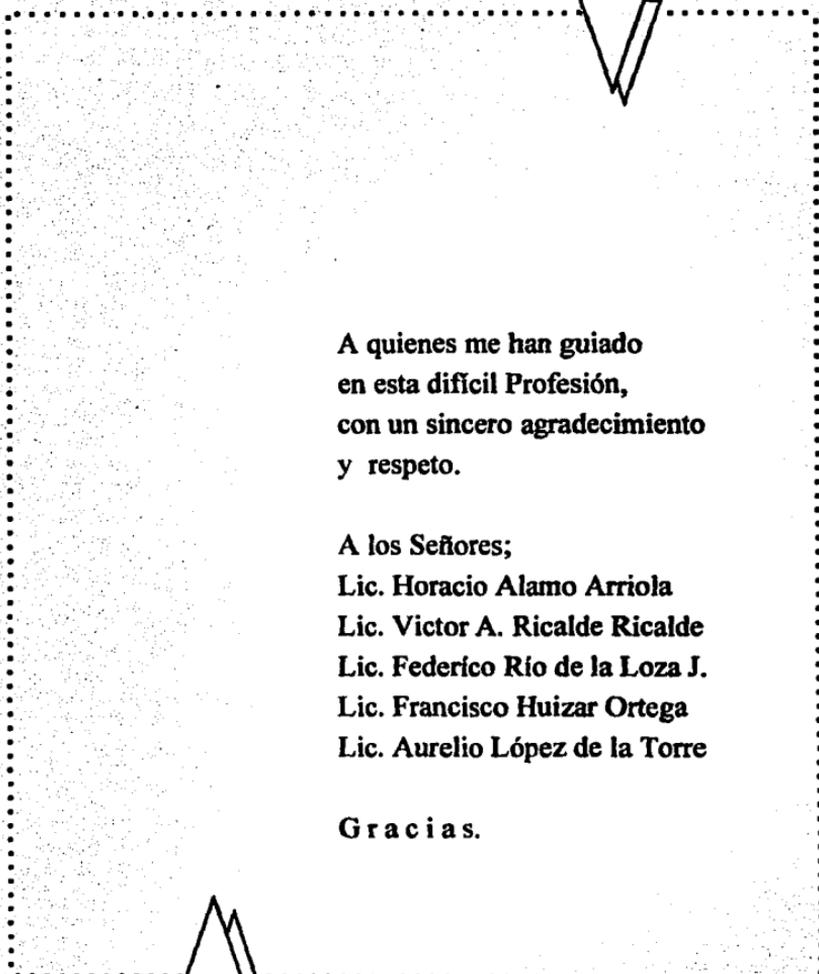
**Y un reconocimiento muy
especial a los Señores**

Profesores:

Lic. Rafael Altamirano Velázquez,

Lic. Patricia Martínez Cranss,

Lic. Francisco Huizar Ortega.

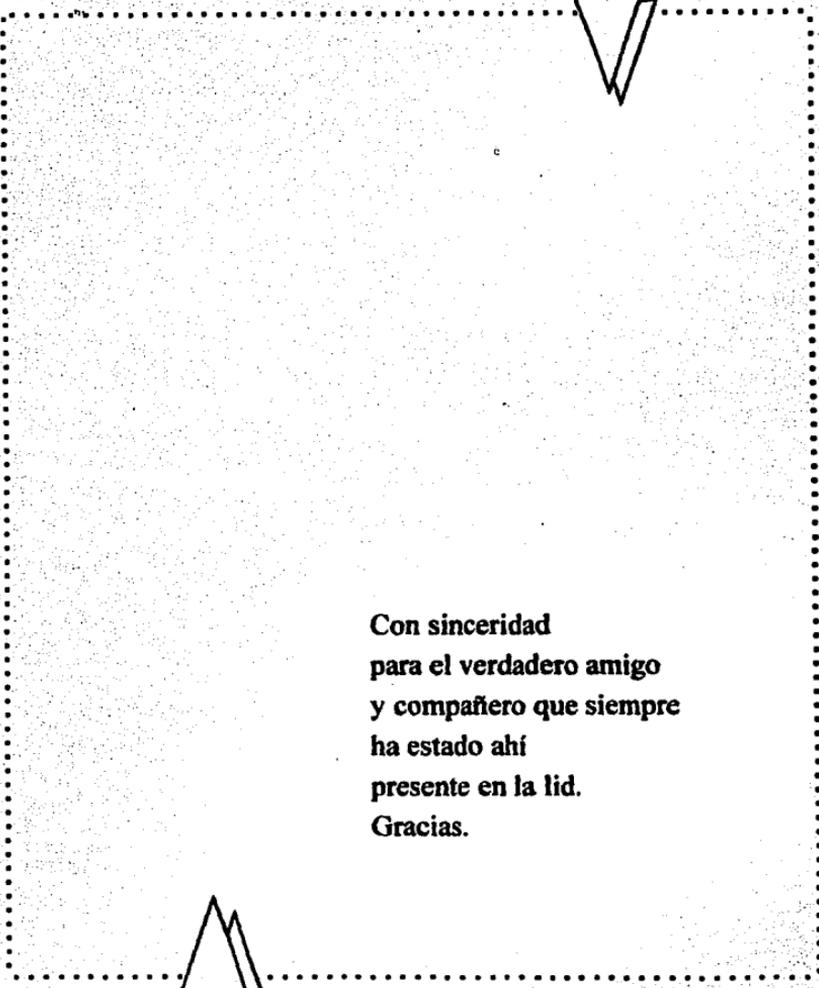


**A quienes me han guiado
en esta difícil Profesión,
con un sincero agradecimiento
y respeto.**

**A los Señores;
Lic. Horacio Alamo Arriola
Lic. Victor A. Ricalde Ricalde
Lic. Federico Río de la Loza J.
Lic. Francisco Huizar Ortega
Lic. Aurelio López de la Torre**

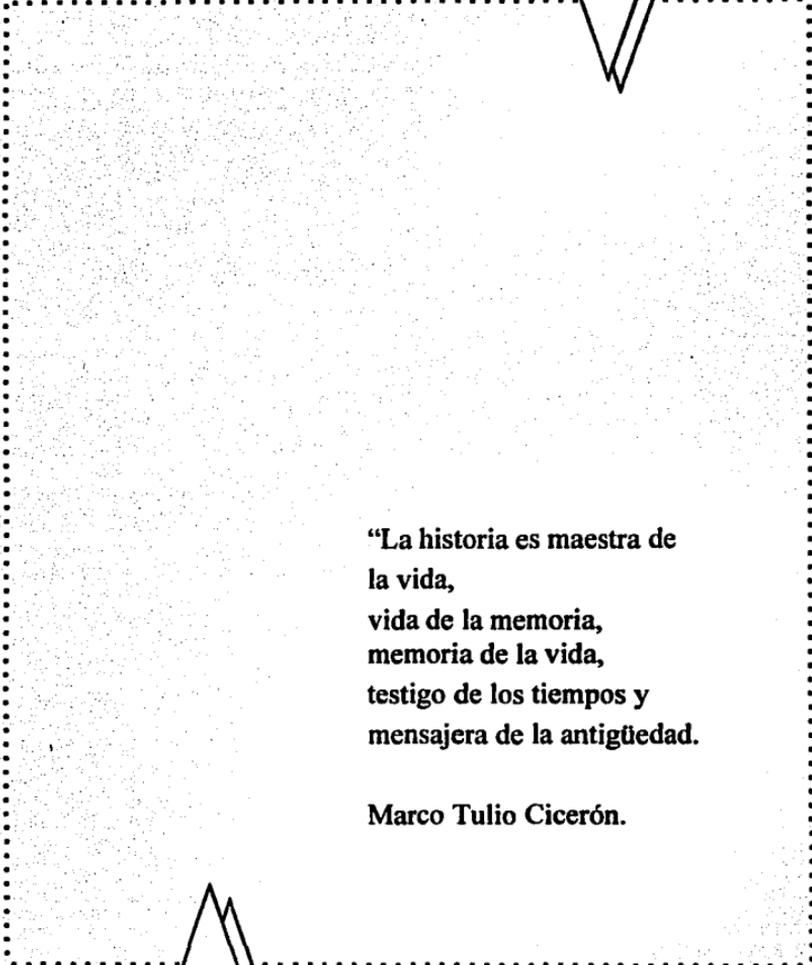
Gracias.





**Con sinceridad
para el verdadero amigo
y compañero que siempre
ha estado ahí
presente en la lid.
Gracias.**





**“La historia es maestra de
la vida,
vida de la memoria,
memoria de la vida,
testigo de los tiempos y
mensajera de la antigüedad.**

Marco Tulio Cicerón.



INDICE

INTRODUCCION

4

CAPITULO I

La Familia en Roma

Origen de la Familia

10

Naturaleza Jurídica

32

CAPITULO II

El Matrimonio como Fuente de las

Patrias Potestas

Fuentes de las Patrias Potestas

43

Adrogatio o Adrogación

48

Efectos de la Adrogación

50

Adopción

51

Formas de la Adopción

52

Efectos de la Adopción

54

Legitimación

56

Extinción de las Patrias Potestas

61

CAPITULO III

El Matrimonio en Roma

Origen del Matrimonio

66

Concepto del Matrimonio

80

Naturaleza Jurídica del Matrimonio

83

Requisitos para Contraer Matrimonio

87

Formas de Matrimonio

93

Matrimonio sin Manu

93

Matrimonio con Manu

96

Matrimonio Connubium

99

Efectos de Matrimonio

102

Disolución del Matrimonio

118

Uniones Ilicitas

126

CAPITULO IV

El Matrimonio en el Sistema Jurídico Mexicano y sus Antecedentes.

El Fuero Juzgo	130
Las Siete Partidas	145
Código Civil de 1804	154
Código Civil de 1870	163
Código Civil de 1884	172
Ley de Relaciones Familiares de 1917	176
Código Civil de 1928	180
El Matrimonio	185
Elementos del Matrimonio	191
Elementos esenciales o de existencia del Acto Matrimonial	193
Solemnidad para la Celebración del Matrimonio	196
Elementos de Validez del Matrimonio	197
Impedimentos para Contraer Matrimonio	202
Nulidad del Matrimonio	207
Efectos de la Nulidad del Matrimonio	209
Efectos del Matrimonio	211
El Matrimonio como Institución	221
El Matrimonio como Contrato	228
Conclusiones	240
Bibliografía	247

**ANALISIS JURIDICO
DEL MATRIMONIO
EN ROMA**

INTRODUCCION

El hombre es un complejo conjunto de incesantes alternativas e innumerables decisiones que se suceden unas a otras, momento a momento prolongándose hasta el instante mismo en que cesa la vida. Un número importante de dichas decisiones se basan en el proceso cognositivo racional, pero otras tantas se derivan esencialmente del conocimiento atávico regresivo de todo ser humano. De ahí que algunas determinaciones importantes, representan la expresión racional de los instintos más elementales del hombre.

La supervivencia sería acaso, el más primario y al mismotiempo trascendente de los instintos humanos, pues al hombre lo mueve esencialmente el ánimo de sobrevivencia ante lo inevitable de la muerte. El ser racional para compensar su aparente desventaja frente a la naturaleza y postergar su deceso, ha desarrollado el sentido de unión, buscando mutua protección y a la postre, sin conciencia quizá, garantizando la continuidad de la especie en cumplimiento de leyes de índole natural.

Variadas e interesantes formas han constituido los antecedentes socio histórico del matrimonio, que finalmente es la figura más racional que el hombre va sumando a su acervo cultural, para la

obtención no sólo de los fines propios de la especie, sino de valores universales que ponen de manifiesto el carácter institucional del matrimonio y la continua evolución en el pensamiento socio-ontológico de la humanidad.

LA FAMILIA EN ROMA

Es precisamente el matrimonio una de las figuras sociales que mayor importancia revisten en la actualidad, si consideramos que muchas de las añejas estructuras comunitarias tienden a sufrir drásticos cambios ante la compleja dinámica social que día a día insidie en corrientes y disciplinas de todo tipo y principalmente en el pensamiento económico, político y filosófico en general.

Sin embargo, jurídicamente el matrimonio pareciera erigirse inmutable en sociedades como las muestras que esencialmente, se integran por sujetos jóvenes que deben asimilarse a una comunidad cuya forma de unión entre hombre y mujer data de dos mil años antes de Cristo con insignificantes cambios de entonces a la fecha.

Por ello, es importante la comprensión y análisis del matrimonio desde el punto de vista social y jurídico, en uno de los estadios históricos más trascendentes para la civilización entera, como lo es la Roma clásica, acuñada principalmente en la ciudad eterna, pero que extendió su influencia a todo el orbe hasta entonces conocido, y al mismo tiempo enriqueciéndose con la civilización propia de cada pueblo conquistado por las legiones romanas.

Sobre la base de la cabal comprensión del matrimonio en Roma no sólo como figura jurídica, sino como institución de amplia

repercusión social, habremos de proponer algunas adecuaciones legislativas al respecto, que en nuestro concepto actualicen la estructura jurídica del matrimonio, para garantizar su viabilidad, no sólo en el presente, sino en el ya muy próximo siglo XXI.

ORIGEN DE LA FAMILIA

La Familia es la Institución histórica-jurídica de más profundo arraigo en la humanidad, ya que sus diversas manifestaciones han sido muy peculiares dependiendo de las diferentes civilizaciones, en los cuales se ha desarrollado.

De estudios realizados por los investigadores acerca de la familia, nos encontramos que no hay una unificación de criterios respecto de sus orígenes, toda vez que de estos estudios se desprende que no se puede determinar con certeza el origen de la familia. Sin embargo, existen diversas teorías, entre las más aceptables tenemos las que nos señalan que la primera manifestación de solidaridad humana, fue el Clan así como la forma más primitiva de unión destinada a lograr una situación de defensa que hiciera posible la sobrevivencia del hombre en un medio tan hostil.

Pero a medida de que los sentimientos de los individuos originalmente se van desmembrando y surgen un sinnúmero de grupos más pequeños y en consecuencia menos poderosos, pero a su vez moralmente más integrados al vínculo común y general, estrechándose a ese gran núcleo formado.

Si el hombre se traslada con el pensamiento hasta las formas más antiguas de la generación humana, se puede observar que, el

único objeto de esta unión era la de ofrecerse ayuda mutua en la caza, en la pesca y en las guerras, etc. Esta unión trajo como consecuencia cambios trascendentales en la conducta de sus miembros.

Es importante destacar que el orden cronológico de los acontecimientos históricos es muy incierto, sin embargo a través de los estudios realizados por los investigadores acerca de la evolución de la familia se afirma que la primera manifestación de orden que se tuvo se le consideró al Matriarcado, por lo que alrededor de ella giraba todo orden socio-jurídico de la familia.

Comenta el Lic. Floris Margadant respecto a una investigación acerca de este tema que realizó Bachofen, en el año de 1861, "y que demostró éste que a lo largo del desarrollo industrial, habían existido fases durante las cuales las mujeres, sedentarias y entregadas a la agricultura, dominaban en la comunidad. Ellas dirigían culto, sólo ellas tenían propiedades. Los hombres tenían una vida errabunda en las selvas, dedicada a la caza; para ellos las mujeres eran como fuentes en el bosque:

El que tiene sed bebe de la más cercana. Así, el hogar se formaba alrededor de la madre, polo de estabilidad en la vida familiar y el

parentesco sólo se establecía por línea materna.(1)

Es curiosa la situación respecto al hombre, ya que hay datos que nos demuestran que éste veía a la mujer en forma clandestina, y que la relación que existía entre el hombre y la mujer se consideraba en forma puramente animal, lo anterior obedece a que la mujer como núcleo familiar y que se encargaba de proporcionar los alimentos a los que de ella dependían, en consecuencia continuaba viviendo junto con sus hijos en su clan de origen, y la relación para con sus hijos era en forma directa, y la verdadera relación tanto afectiva como de protección la tenía con sus hijos, lo que nos lleva a pensar que es ella el elemento primordial del seno familiar.

En este mismo orden de ideas se puede destacar que en esa época tan remota la base de la familia era por vía de la madre, esto se supone toda vez que ella es la portadora de la vida y transmitía su sangre a los herederos, muchas veces los hijos no supieron ni quien fue su padre, de ahí que su situación en su conjunto la definía la madre, estableciendo las bases necesarias para el buen desarrollo de los hijos.

(1) MARGADANT, Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, S.A., México Distrito Federal 1981. Décima Edición. Página 195.

El Matriarcado a través de varias épocas en las sociedades primitivas jugó un papel por demás necesario e importante para el buen desarrollo de su pequeña comunidad, como son en la época arcáica y pastoril, lo que nos lleva a pensar que por primera vez se impusieron las reglas domésticas.

Así mismo, Morgan señala: "Que la familia es un elemento antiguo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a un grado más alto" (2).

El citado investigador describe diversas formas de asociaciones que las familias antiguas llevaban a cabo, ya que la forma en que se originó la familia fue requiriendo la permanencia del grupo por ellas unidas y la existencia de alguna forma de matrimonio por grupo que con esto vino a sustituir la promiscuidad sexual que se cree primero existía entre varones y mujeres de las hordas transeúntes que hace millones de años poblaban gran parte de corteza terrestre entonces habitada.

(2) ENGELS Federico. El Origen de la Familia la Propiedad y el Estado. Editorial Ediciones Quinto Sol, S. A., México, Distrito Federal 1975. Página 195.

En aquella historia de la humanidad, esas manifestaciones del instinto sexual no permitían siquiera concebir al grupo familiar como unidad orgánica más allá de la horda.

En opinión de Federico Engels el proceso evolutivo de la familia en la historia primitiva consiste en estrecharse constantemente en el círculo del cual reina la comunidad conyugal entre los dos sexos y que en su origen abarca la tribu entera.

Al respecto concluye Morgan diciendo: "que reconstruyendo retrospectivamente la historia de la familia y de acuerdo con la mayor parte de sus colegas afirman que existió un estadio primitivo en el cual imperaban dentro de la tribu el comercio sexual promiscuo, de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres, de tal suerte la promiscuidad supone la supresión de las inclinaciones individuales, su forma por excelencia es la prostitución. (3)

En este orden de ideas Engels en su libro El Origen de la Familia da una clasificación de familias antiguas, mismas que fueron evolucionando en el transcurso del tiempo hasta llegar a nuestros días, no obstante de que en el presente trabajo manifestamos que la familia antigua en Roma se determina por la religión y no así

(3) OB. CIT. ENGELS, Federico. Página 25.

como lo trata de fundar el Autor en cita que es a través de los lazos consanguíneos.

Dentro de la clasificación que da el autor Morgan, tenemos en primer lugar la Familia Consanguínea, aquí los grupos conyugales se clasifican por generaciones todos los abuelos y abuelas, son maridos y mujeres entre sí, lo mismo sucede con sus hijos. En esta forma de la familia los hermanos y hermanas, primos y primas, segundo y restantes grados son todos ellos entre sí hermanos, y por eso mismo todos ellos maridos y mujeres uno de otros y se concluye que el vínculo de hermano y hermana presupone de por sí el comercio carnal recíproco.

En segundo lugar se clasifica a la Familia Punalúa, en la organización de esta familia consistió en excluir a los padres y los hijos del comercio sexual recíproco, en esta segunda fase se excluyó a los hermanos y hermanas descendientes de la misma madre, llegando a prohibir el matrimonio entre hermanos más alejados, de tal manera que se empezaron a crear numerosos núcleos familiares. Su organización se determina por el número de hermanas, las cuales formaban un conjunto de mujeres comunes, incluyendo a sus hermanos y viceversa.

Afirma Federico Engels respecto a la Familia Punalúa que de

acuerdo con las costumbres hawaianas, cierto número de hermanas carnales o más lejanas eran mujeres comunes, de las cuales quedaban excluidos sus propios hermanos. Esos maridos por su parte, no se llamaban entre sí hermanos, pues ya no tenían necesidad de serlo, sino Punalúa, es decir, compañero íntimo, como quien dice asociado.

"De igual modo una serie de hermanos uterinos o más lejanos, tenían en matrimonio común cierto número de mujeres, con exclusión de sus propias hermanas, y esas mujeres se llamaban entre sí Punalúa" (4) . Nos da la impresión que Engels en estas líneas logra captar en toda su extensión la idea de la Familia Punalúa, pues lo hace en una forma lógica y además, atendiendo al parentesco resultante de esa Familia.

Para Carlos Marx, "los matrimonios celebrados en nuestra época, entre primos o primos lejanos, comparados con los de la etapa de promiscuidad, resultarían tan incestuosos como los matrimonios celebrados en la Familia Consanguínea." (5) .

Es oportuno este comentario que consideramos apropiado, ya que

(4) OB. CIT. ENGELS, Federico. Página 27.

(5) OB. CIT. ENGELS, Federico. Página 32.

los matrimonios celebrados entre parientes provocan taras o el Síndrome de Down, mismas que repercuten en perjuicio de los hijos, así como cargas a los progenitores y a la Sociedad.

La familia Sindiásmica es la tercera fase y en ésta encontramos una organización familiar como el primer antecedente hacia La Monogamia, asimismo el matrimonio por grupos, a través del cual se discrimina a determinados grupos, y se busca un compañero favorito con el cual pasar un tiempo más o menos largo, en forma exclusiva, respecto a sus relaciones sexuales.

Esta situación operaba para la mujer, toda vez que el hombre sigue conservando su derecho a la poligamia, castigando a la mujer con penas infamantes en caso de infidelidad. Este vínculo era efímero, a tal punto que por voluntad de cualquiera de las partes podía darse por terminado, siendo la madre la encargada de cuidar a los hijos.

Por lo que respecta al comercio carnal, los sindiásmicos empezaron a excluir a los hermanos consanguíneos, después a los parientes más cercanos, y finalmente a los más alejados, hasta hacer desaparecer el matrimonio por grupos. El resultado de esas prohibiciones fue la escasez de mujeres, saliendo los hombres a buscarlas fuera de su tribu, lo que hacían por compra o por raptó.

La mujer se consideró como un producto preciado, ella se dió cuenta de eso y comenzó a presionar en diversas formas al marido, exigiendo una relación monogámica de donde la mujer pertenecía exclusivamente a un hombre, no así el hombre, el cual seguía siendo polígamo.

Lo anterior originó la filiación paterna, la cual permitió a los hijos hombres quedar en el seno paterno, las mujeres, en el materno, pudiendo los hombres heredar los bienes del padre. También el poder económico del hombre ayudó a ejercer un poder absoluto y exclusivo dentro de su hogar dando lugar al sistema patriarcal subsistente hasta nuestros días.

La Familia Sindiásmica está reducida a un sólo hombre y una sola mujer; pero originando la poligamia y la poliandria, por la cual una mujer tenía relaciones sexuales con varios hombres a la vez, haciendo que la filiación fuera por línea materna.

Independientemente de lo anterior, la poligamia, poliandria, prostitución, adulterio, etc., se da como resultado de la Familia Sindiásmica, debemos ver una evolución familiar que dió por resultado la Familia Monogámica, semilla originadora de toda la organización familiar, social y porqué no, económica del Estado Actual.

Después de ver todos los aspectos acerca de la familia y de la mujer en la época primitiva, así como las diversas manifestaciones acerca de las formas de vida de la familia, según el punto de vista sociológico es conveniente analizar lo que comentan los autores respecto al desarrollo que tuvo la familia en Roma considerando en primer lugar el carácter religioso, demostrando que la mujer nunca fué el eje familiar sino siempre el patriarcado, sistema que Roma adoptó y de esta manera estrictamente patriarcal de ahí que el parentesco se transmitía por la línea paterna en cuanto a lo que corresponde a derecho.

Ahora bien, trasladándonos a la época Romana existendificultades para saber con exactitud acerca de las edades prerromanas, sin embargo se sabe que pueblos de varias razas y de diversas procedencias hicieron su arribo y asentamiento en el primitivo territorio italiano.

De lo anterior se desprende que no se tiene conocimiento exacto de quienes fueron sus aborígenes, y la información que existe es que no hay una forma segura de identificación que permita precisar cuales fueron sus aborígenes de la raza Romana. Al respecto el escritor Juan Iglesias afirma que "De los estudios realizados por la filología, la paleontología y la antropología no nos permite una postura que nos de un entronque étnico y común

acerca de los primeros pobladores de la vieja Italia, lo que se puede aseverar es que prevaleció una cultura latina, en consecuencia ésta casta latina no nos permite pensar a la que es consustancialmente y dese un primer momento el sentimiento político nos conlleva a lo patriótico de nuestros antepasados" (6).

Con relación a lo anterior, se puede comentar acerca de la vieja comunidad latina, de la que nace Roma, no es hija de una sola raza, sino de esta suerte de luchas que tuvieron varios pueblos y pasaron por el territorio latino.

El citado autor afirma acerca de su fundación de Roma y que de acuerdo con la tradición se señala como fecha funcional los años de 1754 o 1753 a. de c.

Cabe hacer mención acerca del Estado Romano de los tiempos más remotos de que tenemos noticia, no puede ser concebido, sino como una agrupación de familias que coexistían unas al lado de otras, tomando como base el matrimonio que es donde descansa los cimientos de la familia, se funda y se establece por sí misma, lo anterior nos lleva a pensar que fue el grado originario del Estado

(6) IGLESIAS, Juan. Instituciones de Derecho Romano. Editorial Arias, Barcelona España (1982). Séptima Edición Revisada y Aumentada. Página 12.

Romano.

Así mismo, tenemos conocimiento que el sistema patriarcal tuvo un desarrollo ordenado, ya que la mujer fue cediendo al hombre parte de las actividades primordiales de la vida cotidiana, así es como podemos considerar que la mujer fue dedicándose más tiempo a los quehaceres domésticos de la época antigua en Roma, por ejemplo la cerámica, la repostería, la costura y la fabricación de telas, etc. En la dedicación a estas artes prosperó y de cierta manera descuidó el orden de la familia como eje de ésta.

Por otra parte la situación económica primitiva, fué reemplazada y con ello se plantaron firmemente los cimientos de la familia patriarcal, esto como consecuencia, trajo aparejado que la forma de heredar se transmitía por la vía masculina, el poderío del hombre se hizo patente hasta el punto afectivo, esto quiere decir que se exige a la mujer fidelidad absoluta.

Considerando el aspecto de derecho de la mujer en la época primitiva, éste presupone la existencia del Estado, esto debe de prescindirse acerca de las situaciones ante-políticas, sin embargo será primitivo indicar respecto del Matriarcado y que lo define Mommsen como "el desconocimiento de la generación para determinar el estado jurídico de las personas y basa este orden en

derecho simplemente del nacimiento no puede considerarse como el grado primitivo de la comunidad política romana, sino más bien como la célula germinal del estado romano, que habrá sido el matrimonio y probablemente el matrimonio monogámico con todas sus consecuencias jurídicas, ya que la poligamia es pasajera y no deja huella alguna" (7) .

Es importante destacar que el matrimonio tuvo diversas manifestaciones mismas que se dieron de diferente manera, dependiendo la época que se trate.

Ahora bien, no obstante de que el desarrollo de la familia en el pueblo romano tuvo una manifestación interesante y en relación para con los demás pueblos de aquella época fue muy superior tanto en el aspecto guerrero por sus conquistas, como en el aspecto jurídico mismo que se reflejó a través de los jurisconsultos más importantes de aquella época. Se considera al derecho romano como fuente primordial de todas y cada una de las legislaciones del mundo ya que fue la primera sociedad que dió la creación de las

(7) MOMMSEN, Teodoro. Compendio de Derecho Romano. Editorial Impulso Buenos Aires. Primera Edición. Buenos Aires Argentina, 1942. Páginas 11 y 12.

Instituciones jurídicas más importantes que hasta esta época se siguen manejando, tales como las Patrias Potestas, el Matrimonio, la Tutela, la Curatela, la Adopción, etc.

Es importante destacar el punto de vista que nos dá Federico Engels en su Obra "El Origen de la Familia, la Propiedad y el Estado", cuando cita las investigaciones realizadas por Morgan en diversas sociedades ajenas a la romana, ya que de acuerdo a sus comentarios se puede afirmar que con ello se plantó firmemente los cimientos de la familia patriarcal, esto como consecuencia trajo aparejado que la forma de heredar se transmitía por la vía masculina, el poderío del hombre se hizo patente hasta el punto afectivo, esto quiere decir que se exige a la mujer fidelidad absoluta.

Es importante destacar que en los tiempos más remotos de la antigua Roma se consideró a la Religión un elemento primordial, ya que jugó un papel bastante importante, toda vez que fue ésta quien impuso las reglas a que se deberían de someter todos los miembros integrantes de la familia. La religión a la que nos referimos o sea la doméstica, tenía como norma adorar a sus dioses que eran sus propios antepasados. Sin embargo, el autor Fustel De Coulanges dice "El fuego sagrado que tan estrechamente asociado estaba al culto de los muertos, también tenía por carácter esencial

el pertenecer peculiarmente a cada familia".(8)

Esto es importante debido a que se explica la razón del por qué las ceremonias religiosas de la familia tenían que realizarse en la más completa intimidad familiar, tal es el caso de que ni el amigo más íntimo de la familia podía presenciar tal acto religioso, ya que en el caso de que un extraño a la familia presenciara dicho acto, se consideraba que se violaban los secretos más importantes de la familia.

Es conveniente ver como cada familia establecía sus reglas en función de su propia religión, ya que no había uniformidad en los rituales que se practicaban en la ciudad. La religión doméstica se encontraba íntegramente encerrada en los muros de cada casa, en consecuencia el culto no tenía el carácter de público, sino al contrario, de privado, ya que todas las ceremonias solo se realizaban entre los integrantes del núcleo familiar.

Otra característica de los romanos era El Fuego, el símbolo más importante de la familia, ya que este se ocultaba dentro de la casa para que ningún extraño tuviera acceso a él, se colocaba en el

(8) COULANGES, Fustel De. La Ciudad Antigua. México, Distrito Federal, 1989. Editorial Porrúa, Séptima Edición. Página 23.

centro de la casa, mediante este ritual o acto religioso se adoraban a sus dioses con el objeto de pedirle ayuda y protección respecto de todas sus actividades cotidianas, a estos dioses se les consideraban como los dioses ocultos, en virtud de que los extraños no sabían que tipo de acto religioso celebraban, en consecuencia era indispensable guardar el secreto de los mismos, o sea el Sacrificio Oculto.

La religión doméstica dice el citado autor "que no había reglas uniformes, ni ritual en común. Cada familia poseía la más completa independencia. Ningún poder externo tenía derecho a regular su culto o su creencia. No existía otro sacerdote que el padre como sacerdote, no reconocía otra jerarquía; el pontífice de Roma podía informarse de sí el padre de familia observaba todos los ritos religiosos, pero no tenía el derecho de ordenarle la menor modificación. Son quisque ritu sacrificium facit, tal era la regla absoluta. El padre único intérprete y único pontífice de su religión, era el único que podía enseñarla y solo podía enseñar los ritos a su hijo, etc." (9).

Lo anterior explica por sí solo el poder absoluto del Paterfamilias que tenía sobre de las personas que de él dependían, sin limitación

(9) OB. CIT. COULANGES, Fustel De. La Ciudad Antigua. Páginas 23 y 24.

alguna, en ocasiones llegaba al grado de castigar, de vender y más grave de juzgar a sus descendientes hasta el punto de condenarlos a la muerte. Sus descendientes no tenían que responder de sus actos frente a terceros y mucho menos aún frente al Estado, quién tenía que responder por ellos era el mismo Paterfamilias, tal situación prevaleció por muchos años en Roma.

En este mismo orden de ideas es importante comentar que en su origen en Roma se establecieron los propios fundamentos de la Familia y que versaban en torno a la religión doméstica. Es importante considerar a la religión como el primer antecedente que se tuvo para regular a los miembros de la Familia, ya que como lo afirma el multicitado autor Fustel de Coulanges el principio de la Familia antigua no radica en la generación exclusivamente, sino que en el efecto natural, ya que como se ha dejado ver se sujetan los antiguos romanos en el sentimiento afectivo, en ningún momento es considerado de mayor importancia, sin embargo la religión si regula tal situación, es decir independientemente de que se quisiera bastante a un descendiente éste no es tomado en cuenta por el derecho, ya que se deben de cumplir por una serie de requisitos impuestos por las reglas que establecía la religión, de ahí nos lleva a afirmar que fue considerado el primer marco jurídico que estableció las reglas de derecho privado en el antiguo derecho romano.

Más adelante veremos el poder que le fue otorgado al Paterfamilias mediante la religión doméstica a la que consideramos como una verdadera institución y que se conoció con el nombre de Patria Potestas.

Con lo anterior se reafirma en que grado el padre de familia adquirió todos los rangos importantes de ésta, hasta llegar a pensar y como ya se dijo que era un pontífice dentro de la familia, pero siempre respetando a sus dioses y que eran sus antepasados, ya que ellos habían legado todos los ritos ceremoniales que se consideraban como valor sustancial de la familia.

El padre legaba a sus hijos los ritos, las ceremonias, los cantos, la forma de como debería de orar, que formaban una importante solemnidad dentro del culto religioso, y la manera de como dirigir a los miembros de la familia para llevar a cabo lo anterior en las fechas importantes de la familia.

Por otra parte y tomando en consideración que el Estado no intervenía como ya se mencionó anteriormente, en los cultos religiosos de cada familia, éste si tenía facultades de intervenir para obligar al paterfamilias de llevar a cabo los cultos que le correspondían a su familia y en caso contrario podría el Estado imponer alguna sanción porque se consideraba como un desacato

para con sus propios dioses.

Cabe mencionar lo que afirma Fustel de Coulanges al decir "que entre la parte viviente y la parte muerta de la familia, sólo hay la distancia de algunos pasos que separan la casa de la tumba. En ciertos días determinados para cada cual por su religión doméstica los vivos se reúnen cerca de los antepasados, les llevan la comida fúnebre, les vierten la leche y el vino, depositan las tortas y las frutas o queman en su obsequio la carne de una víctima. A cambio de estas ofrendas solicitan su protección, les llaman sus dioses y les piden que den fertilidad al campo, prosperidad a la casa, virtud a los corazones". (10)

En relación a lo anterior Platón dice que dos padres, dos hermanos podían llamarse parientes cuando tenían los mismos dioses, el mismo hogar y la misma comida fúnebre, etc.

Siguiendo este orden de ideas acerca del sistema patriarcal, y como se ha visto hasta ahora éste ha tomado fuerza y es indudable que prevaleció sobre el matriarcado, la familia romana se organizó bajo un régimen totalmente patriarcal monogámico, en el centro se

(10) OB. CIT. COULANGES, Fustel De. La Ciudad Antigua, Página 25.

colocaba la autoridad absoluta del paterfamilias, se fundaba ésta en la religión doméstica, en el culto a los muertos, considerando al paterfamilias como sacerdote del culto doméstico, magistrado para resolver los conflictos entre los miembros de la familia, como dueño del patrimonio familiar integrado éste con los bienes materiales, esposa, hijos, esclavos, etc.

Se puede considerar que la constitución de la familia romana era considerada como una unidad religiosa principalmente más que política, económica y, porqué no, social. Era una verdadera sociedad doméstica, ya que ésta no se encontraba dentro del Estado, sino de cierta manera frente a éste. Más tarde al transcurso del tiempo fue evolucionando el Estado y éste absorbe a todos los grupos que conformaban sus comunidades familiares, para integrarse al Estado.

Este interviene con un orden jurídico que regula la relación familiar, que sustituye a la estructura antigua de la familia romana y la disgrega, esto sucedió, porque consideramos que el Estado concede en el transcurso del tiempo derechos a la familia natural, semejante a lo que correspondían a la relación familiar que se llevaba hasta entonces.

De ahí podemos mencionar que es incuestionable que ninguna

persona podía pertenecer a dos familias, toda vez que los cultos religiosos en principio eran diferentes y considerando que el culto es inviolable ya que no era tan fácil pertenecer a él. En caso contrario ninguna persona ciudadana no podía dejar de pertenecer a una familia, porque se estaría dejando de tener un estatus social dentro de Roma, dicho de otra manera ninguna persona puede pertenecer a dos Estados, pero tampoco puede dejar de pertenecer a un Estado.

Ahora bien, es importante establecer el vínculo jurídico que ligaba a las personas que dependían del paterfamilias o de la misma estirpe.

Los romanos distinguieron dos tipos de parentesco: agnatio y cognatio. La primera considerada civil era el vínculo que unía a los parientes por la vía masculina, esto quiere decir que comprendía a todas y cada una de las personas que se encontraban bajo la potestad de un mismo paterfamilias.

La segunda, o sea la cognatio era el vínculo de sangre que une a las personas descendientes unas de otras (línea recta) o que descienden de un mismo autor común (línea colateral sin distinción de sexos). Es importante destacar que en el antiguo derecho romano no existía ningún lazo jurídico entre los miembros

de la familia. Sin embargo la agnatio tuvo relevancia en virtud de que como se consideraban un parentesco civil y dadas las características de la sociedad romana era lógico pensar que se le dió mayor importancia cuando menos en un principio a este tipo de parentesco.

Es conveniente destacar que en la época del Emperador Justiniano entró en desuso esta forma de parentesco, y se le dió mayor importancia a la cognatio o sea al parentesco consanguíneo.

NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA

La Familia es una Agrupación Natural por excelencia, es el núcleo de toda sociedad, se regula sobre cada una de las Instituciones de Derecho, dentro de éstas encontramos el Matrimonio, figura tan trascendente que involucra a cada uno de los miembros de una Sociedad establecida; pero además, la Familia constituye un grupo con bases psicológicas, económica, religiosas, éticas y políticas, etc., al hablar del aspecto natural de ésta nos referimos especialmente a los vínculos biológicos que en gran medida determinan su formación en los tiempos primitivos y que indudablemente influyen aún en el acercamiento de la pareja que da principio a toda organización.

Pero a medida que el hombre va evolucionando y perfeccionando sus sentimientos desde el punto de vista afectivo, éste le dió a su unión un contenido espiritual y psicológico, que le confiere su trascendencia y jerarquía determinando su permanencia.

Así mismo, es importante resaltar que la religión en Roma es decisiva en el desarrollo del hombre y de la familia así como también la moral y la costumbre.

Consideramos que la familia tiene principios básicos radicados en

la costumbre y se llegan a tomar como punto de partida de la Ley, la cual suele incorporar los y transformarlos en preceptos jurídicos, generales al pueblo Romano, (ciudadanos) desglosamos la religión como elemento esencial en el desarrollo de la Sociedad en la época Romana, ya sea que su influencia fue determinante.

Asimismo, las costumbres que se transmitieron de generación, aún cuando hubo tropiezos, perdiendo los usos y costumbres, al grado de que éstos sirvieron de fundamento para legisladores y plasmarlos en las Leyes Romanas, tendremos que considerar para llegar a una justa apreciación que no debe olvidarse que la Ley no es la única norma reguladora que ha existido.

Las disposiciones jurídicas se guían muchas veces por la realidad social, en virtud de que el hombre por buscar su desarrollo tanto social, como su status económico, empieza a considerar elementos importantes que todo hombre de una naturalidad desarrollada debe de contener y están en psicométrico, el afectivo, normativo, con esto fue la pauta para que con ello surgiera el sistema que prevaleció por muchos años en Roma y que fue el Patriarcado, nombrándosele como Paterfamilias a quien fuera dueño y señor de todos los bienes (inmuebles), muebles, esposa, hijos, oro y esclavos, etc., más adelante tocaremos algunos aspectos sobre este punto,

pero lo que si podemos decir es que el Estado interviene para fortalecer los vínculos entre los mismos ciudadanos, entre éstos y el Estado y éste garantiza la seguridad y la estabilidad de las relaciones que conlleven a una excelente convivencia social.

Siguiendo con lo anterior, podemos decir que las antiguas costumbres que se aplicaron en Roma en relación a la Familia, se consideró dentro de la esfera del Derecho Privado, ya que la religión fue quien determinó la ubicación del orden normativo que rigió por varios siglos en aquella época, así como el derecho de sucesión que se encuadraba dentro de esta rama del derecho con lo anterior se puede decir que se colocó principal y consecuentemente al hombre en condiciones superiores a la mujer, por lo tanto que el régimen patriarcal prevaleció de una manera determinante, por lo que se reafirmó el Paterfamilias a quien se le consideró como máxima autoridad frente a sus descendientes o mejor dicho a los que dependían de él.

Es importante destacar que dentro de este régimen la mujer tuvo que estar sujeta a la autoridad del Paterfamilias, tan es así que fue integrada sólo como un miembro de la familia y con características muy particulares tales como que no era considerada como señora del hogar, aún cuando tomaba parte de los actos religiosos de la Familia; hay que señalar que su religión no la adquiría con el

nacimiento, sino por medio del matrimonio, por lo que su esposo al recitar sus oraciones se las transmitía y ésta las adquiría como suyas, teniendo por lo tanto el carácter de un hijo y los mismos derechos que éste.

En este orden de ideas, en Roma, se le llamaba Materfamilias a la esposa del Paterfamilias, una vez que éste fallecía, la Materfamilias perdía el título que había adquirido; también es loable destacar que ella nunca tuvo un hogar propio, ya que su situación se determinó desde el principio de este sistema de vida; y consecuentemente siempre careció de autoridad para con los demás, se puede decir que nunca fue libre, a lo más tuvo la calidad de un sui-iuris, por lo que se dice que la mujer necesitó para todos los actos religiosos de un Jefe de Familia, y que para los actos netamente civiles era necesario de un Tutor, en su caso.

El Código de Manú, en relación a la situación de la mujer dice "que la mujer durante la infancia, depende de su padre; durante la juventud, de su marido, muerto el marido, de sus hijos, si no tiene hijos, de los parientes próximos de su esposo, pues termina diciendo que la mujer nunca debe gobernarse a su gusto" (11). Al respecto se observaba que se encuadraban las relaciones Jurídicas entre los miembros de la Familia bajo las reglas impuestas por la religión y no así como si existiese una norma impuesta por el

Estado.

El autor Fustel del Colanges, en relación a la situación de la mujer dice" que está en Roma de la siguiente manera" , "soltera, sometida a su padre; muerto el padre, a sus hermanos y a sus agnados, casada, está bajo la tutela del marido; muerto éste ya no vuelve a su primitiva familia, pues renunció a ella por siempre mediante el sagrado matrimonio; la viuda sigue sumisa a la tutela de los agnados del marido, es decir de sus propios hijos si los tiene" . (12)

El hombre que tuvo todo el poderío en aquella época fue el Paterfamilias como ya dijimos, al grado de que se le consideraba como una Institución, ya que la religión le otorgó el poderío que se conoce y que podría llegar a decretar el destierro si lo quisiera a cualquiera de los que dependen de éste, a la venta de sus descendientes, etc., tal como lo establece la Ley de las XII tablas.

Ahora bien, es importante mencionar que facultades tenía el Poder Paterno, ya que su regulación jurídica la imponía él mismo, mediante las reglas que se trazaban en su propia religión, sin embargo, el Estado era considerado un órgano de vigilancia que determinaba en que casos el Paterfamilias no cumplía con la

(11) **OB. CIT. COULANGES, Fustel De. La Ciudad Antigua, página 59.**

(12) **IDEM. Página 59.**

obligación de llevar a cabo sus cultos religiosos, ya que si bien el Estado no podía intervenir de manera directa en la familia, si podía exigir a éste que procediera al desarrollo integral de su pequeña comunidad.

La religión única norma que se sometía el Padre, pero como ya se dijo, le otorgaba al Paterfamilias una actividad ilimitada, y éste era considerado como dueño de la propiedad, como Jefe Religioso, o como Juez, en donde no se admitía recurso alguno contra sus determinaciones, ya que se le consideró como Jefe Supremo de la Religión doméstica, fue quien regulaba las ceremonias religiosas, era responsable de la perpetuidad del culto, y por consiguiente de la Familia, esto le daba bastante derecho sobre los que de él dependían; por enumerar algunos que son los siguientes:

Tales son estos derechos como el de reconocer o rechazar al hijo cuando éste nace, el de repudiar a la mujer cuando ésta era estéril, ya que era importante para que la Familia no se extinguiera, ya que tal extinción produciría la ruina de la Religión de esa Familia y en consecuencia privarían de las ofrendas a los antepasados, ya que si sucediera tal situación, caerían en la mansión de las desgracias Familiares.

El derecho de casar a la hija cediendo a otro esa autoridad

paternal, en el caso del varón, el matrimonio era importante para que la Familia siguiera existiendo; el derecho de emancipar, el derecho de adoptar a un extraño, el derecho de designar a un tutor para la mujer y en vísperas de morir. Es importante destacar en este punto que la mujer no podía comparecer ante la justicia ni siquiera como testigo, esto lo cita el autor Fustel de Coulanges, además agrega lo que el jurisconsulto Gallo opina al respecto y dice: "Hay que saber que nada puede cederse en justicia a las personas que están en dependencia, es decir, a la mujer, al hijo, al esclavo, pues partiendo del hecho de que estas personas no podrán tener nada como propio, se ha concluido con razón que tampoco podrán reivindicar nada en justicia. Si vuestro hijo, sometido a vuestra autoridad, ha cometido delito, la acción de justicia recae sobre vosotros. El delito cometido por un hijo contra su padre no dá lugar a ninguna acción de justicia" (13).

En lo antes citado, se destaca que la acción de la justicia le correspondía única y exclusivamente al Padre, ya que éste impartiría justicia en su casa, ya que adquiriría el rango de Juez, su facultad era tal hasta llegar al punto de que cuando condenaba algún miembro de la Familia no existía recurso alguno contra esa autoridad, como se dijo, el Padre respondía ante el Estado por

(13) OB. CIT.COULANGES, Fustel De. La Ciudad Antigua. Página 64.

cualquier delito que llegara a cometer cualquier sometido de él.

Lo que si se puede afirmar es que la religión y las creencias que versaban en torno al núcleo familiar eran las que determinaban la situación de la Familia, ya que la naturaleza del poder de ésta ocurrió en torno a la figura del Padre, mientras más fuerte era éste más grande era la Familia.

Por todo lo anterior, nosotros consideramos que la ubicación de la naturaleza jurídica de la familia se funda esencialmente en el hecho de que, como la religión es el órgano regulador de todo orden jurídico y como ésta se encuentra a cargo del Señor de la familia o sea el Paterfamilias, consideramos que jurídicamente se debe encuadrarse dentro del área del Derecho Privado.

Ya que si no fuera así, el Estado regularía en forma directa a los que dependían del propio Paterfamilias, en consecuencia el Estado Romano sería el órgano regulador de todo hombre que viviera dentro del territorio Romano, y con ello se tendría mayor problema para regular en forma particular a todas las familias. Y con ello hubiese disminuido el poder que se le concedió al padre de familia, por este razonamiento consideramos que no se trasgredió al marco jurídico del Derecho Público.

Uno de los problemas que vemos es que los autores no se han puesto de acuerdo en determinar en que rama del Derecho se encuentra ubicado la Naturaleza Jurídica de la Institución "Familia", ya que mucho se ha discutido en la Clásica división la ubicación de esta figura Jurídica, está en el Derecho Privado, no en el derecho Público.

Es importante destacar que las corrientes modernas tanto Nacionales como Extranjeras tienden a sostener que no hay ningún Derecho Público que no afecte a un Interés Social y, por lo tanto Público; como no hay ningún Derecho Público que no afecte a un interés Individual y por tanto Privado, incluso no faltan autores indignados a suprimir toda distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, o que señalan la imposibilidad de determinar los límites de cada uno, ya que no es posible marcar las líneas sin que se trasgreda uno y otro.

De lo anterior, se desprende que cada autor ha llevado a la práctica sus teorías en relación a los límites que guardan uno y otro, han tomado diversas posturas sus teorías y lo han sostenido, sin necesidad de entrar a un exámen sobre esta cuestión, es indudable que la doctrina tradicional ha venido incluyendo el Derecho de Familia dentro del ámbito Ius Privatístico.

"El Derecho de Familia se considera generalmente como una parte del Derecho Privado: éste suele dividirse en cuatro especialidades: Derechos Reales, de Crédito, de Familia y de Sucesión, a los que se antepone una parte general que contiene la exposición de los conceptos y principios comunes a todo el Derecho Privado" (14).

(14) ROGINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Editorial Porrúa. México Distrito Federal, 1982. Cuarta Edición. Página 39.

**EL MATRIMONIO
COMO FUENTE
DE LAS
PATRIAS POTESTAS**

FUENTES DE LAS PATRIAS POTESTAS

Nuestro derecho romano señala tres fuentes de la patria potestad con un carácter materialista y una más considerada como natural, es decir que tiene un origen no fabricado.

Iustae nuptiae también conocida como filiación legítima, es una de las fuentes de la patria potestad determinada como natural. Es decir, que se entiende como hijo con el carácter de legítimo, aquel que se concibe de un hombre y una mujer estando unidos en matrimonio. Siendo la maternidad un hecho factible de comprobar por el sólo alumbramiento, en lo que respecta al varón es un cuanto más difícil, determinando su paternidad con su afirmación o negación, posteriormente se basó en un principio de tiempo, o sea que era hijo legítimo el que nacía después de los 180 días de haberse consumado la unión conyugal y antes de los 300 días de la disolución marital. Sin embargo, se aceptaba la posible presentación de algún hecho que comprobara lo contrario por parte del esposo como era el argumentar que durante el lapso conyugal no tuvo contacto carnal con su cónyuge a causa de haber realizado un viaje, por encontrarse enfermo o por sufrir impotencia. Los hijos legítimos se encontraban totalmente bajo el poder de la patria potestad del paterfamilias a diferencia de los

hijos concebidos por el concubinato con el carácter de libres de la autoridad paterna.

Los hijos nacidos de la iustae nuptiae tienen la facultad de reclamar los alimentos de su padre y a su vez la obligación de proporcionarlos. Referente a las hijas tienen además el derecho de reclamar de su padre una dote con el objeto de llevarla al matrimonio, lo cual venía siendo beneficioso desde los tiempos del Emperador Augusto. Los hijos sólo podían contraer matrimonio cuando lo creyese conveniente el paterfamilias, habiendo con anterioridad escogido su cónyuge, potestad que se le otorgaba al jefe de la domus por haber concebido a sus hijos por la iustae nuptiae. Asimismo, tenía la facultad de administrar algunos de los bienes de su hijo y gozar de los beneficios.

En cuanto a la prueba de la filiación el derecho romano admite:

"1. Una comprobación mediante los registros públicos de nacimiento, establecidos quizá por Augusto:

2. La comprobación de constante posesión de estado de hijo legítimo;

3. en último caso, la prueba testimonial". (15)

Referente a la concepción del principio de tiempo hay que señalar que fue retomada por las legislaciones modernas.

A diferencia del hombre el poder que ejercía el paterfamilias sobre la mujer era especial ya que se practicaba bajo otras condiciones. Así tenemos la forma de la conventio in manum, la usus, la confarreatio.

Conventio in manum.-Era la potestad, la autoridad sobre la mujer adquirida a través de solemnidades, tales como la religión.

Usus.-Considerada como la manus que tenía el marido al poseer una mujer más de un año. Pero por medio de la figura usurpatio trinocites, es decir el hecho de salir de la casa conyugal durante tres noches antes de concluir el año, la mujer se liberaba de la manus, produciendo una unión libre a lo que se le llamó matrimonio sine manu.

(15) FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. México, Distrito Federal 10a. Edición Aumentada y Corregida. Editorial Esfinge. Página 302

Confarreatio.- Acto predominante religioso donde intervenían un sacerdote y el gran pontífice perfeccionándose con palabras solemnes y se practicaba la ofrenda del pan de trigo - el panis farreus -, implica un papel trascendental ya que es la unión o desunión de los cónyuges. Esta forma fue desapareciendo paulatinamente.

Coemptio. Figura de matrimonio como la anterior, era la venta de la mujer con intervención del paterfamilias si era alieni iuris y si eius iuris su tutor; la venta en un principio era verdadera, después tomó caracteres imaginarios.

EFFECTOS DE LA MANUS. La mujer in manu sale de su familia de origen y entra a la del marido. Pero no en la condición de esposa, sino de hija, en caso de que el marido fuera sui iuris o de la nieta si éste se encuentra bajo la potestad del jefe de familia. La mujer no tiene ningún derecho a heredar sólo como hija su patrimonio, sí lo tiene entra a formar parte del marido, quedando de esta manera desprovista de todo bien.

EXTINCION DE LA MANUS.-Cuando se practicaba un divorcio la mujer podía exigir la conclusión de la manus, pero, en la confarreatio tenía que disolverse en la misma forma como se constituyó, es decir a través de una ceremonia religiosa que viene a

ser la difarreatio. Por la coemptio o el usus se disolvía por la manumisión, o sea la remancipatio de la mujer a un tercero que la manumitia.

Por la coemptio la mujer podía establecer una manus en beneficio de su esposo o de un tercero con la finalidad de romperla, el esposo con un pacto de fiducia aceptaba manumitir a la mujer, de esta forma la mujer rompe relación agnaticia con su familia, concluyendo todo lazo de culto doméstico y comienza a adquirir un derecho de heredar, este derecho se reguló bajo Adriano.

ADROGATIO O ADROGACION

Se considera como la fuente de la patria potestad más antigua que se instituyó en Roma. Se refiere a la adopción de un paterfamilias sobre otro paterfamilias, en otras palabras es la adopción de personas sui iuris. Se ventila con los mismos requisitos de la adopción pero con una forma más severa, porque al pasar un pater familias bajo la potestad de otro desaparece en ese momento de la adrogatio todo un culto doméstico, provocando perturbación en el orden político, ya que la domus de una gens, sale de ella con todas sus riquezas para pertenecer a otra gens, también se podían dar casos deshonestos derivados de la avaricia, formándose así varios adrogatios por lo que se requirió para que este acto fuera formal y respetado, la aprobación de los comicios y con posterioridad del magistrado.

Funcionando los comicios por curias de la siguiente manera: los pontífices hacían un tipo de encuesta para determinar si es benéfica la adrogatio, que consiste en "enterarse de la fortuna y edad del adrogante, si es honrado y si la adrogación resulta ventajosa para el adrogado. Los tutores del pupilo deben dar su

ADROGATIO O ADROGACION

Se considera como la fuente de la patria potestad más antigua que se instituyó en Roma. Se refiere a la adopción de un paterfamilias sobre otro paterfamilias, en otras palabras es la adopción de personas sui iuris. Se ventila con los mismos requisitos de la adopción pero con una forma más severa, porque al pasar un pater familias bajo la potestad de otro desaparece en ese momento de la adrogatio todo un culto doméstico, provocando perturbación en el orden político, ya que la domus de una gens, sale de ella con todas sus riquezas para pertenecer a otra gens, también se podían dar casos deshonestos derivados de la avaricia, formándose así varios adrogatios por lo que se requirió para que este acto fuera formal y respetado, la aprobación de los comicios y con posterioridad del magistrado.

Funcionando los comicios por curias de la siguiente manera: los pontífices hacían un tipo de encuesta para determinar si es benéfica la adrogatio, que consiste en "enterarse de la fortuna y edad del adrogante, si es honrado y si la adrogación resulta ventajosa para el adrogado. Los tutores del pupilo deben dar su

auctoritas" (16); después se convocaba a los comicios curiados, en este acto el pontífice preguntaba al adrogante, adrogado y al mismo pueblo de la adopción, si se aceptaba al adrogado renunciaba a su culto para pasar a la autoridad de otro jefe de familia. Practicándose sólo en Roma, como era lógico, en ese momento se excluía a la mujer.

Los comicios por curias en un tiempo dejaron de tener la importancia, y la votación del adrogante, adrogado y del pueblo para aprobar la adrogatio se hizo frente a 30 lectores.

Con Dioclesiano estas solemnidades dejan de tener efecto, y sólo basta la aprobación imperial para llevar a cabo la adrogación, perdiéndose en este tiempo para la mujer tanto en Roma como en sus provincias.

(16) VENTURA SILVA, Sabino. Derecho Romano. Curso de Derecho Privado. Editorial Porrúa. Quinta Edición aumentada y corregida y aumentada, México Distrito Federal, 1980. Página. 86.

EFFECTOS DE LA ADROGACION

Los efectos que se presentaban para el adrogado es que pasa a la autoridad del jefe de familia, o sea del adrogante. Entra a la familia civil con la característica de agnado, es decir que su relación de parentesco sufre un cambio, ya que con su antigua familia era sólo un cognado. En caso de que el adrogado tuviese mujer in manu y descendientes bajo su autoridad antes de celebrarse la adrogación, éstos correran la misma suerte, una vez efectuada. El adrogado deberá practicar el mismo culto del adrogante y llevara el nombre de su familia, si contase con algún patrimonio, éste en su totalidad pasará al adrogante convirtiéndose en un alieni iuris. Esta condición de patrimonio evoluciono haciéndose más justa, y en el Imperio de Justiniano se señala que sólo el adrogante tendrá el usufructo del patrimonio.

ADOPCION

Es considerada como otra fuente de la patria potestad, pero menos antigua que la adrogatio. Se entiende cuando un extraño o filius familias quedaba bajo la autoridad de un paterfamilias, siendo concebido por supadre de origen. Por ser el adoptado alieni iuris no se requiere de la aprobación del pueblo o de los pontífices.

De acuerdo con la Ley de las XII Tablas, la adopción se perfecciona al realizar por tres veces una venta ficticia de la persona que se va a adoptar, adquiriendo la patria potestad quien compre y perdiéndola el que la venda.

FORMAS DE ADOPCION

En la primera forma.-El hijo alieni iuris se liberaba del padre natural, a través de tres ventas figuradas por la mancipación, al efectuarse la manumisión por tercera vez el hijo se desprendía de la autoridad paterna natural, quedando in mancipio en poder del adptante.

Segunda forma.-Se perfeccionaba la adoptio en la tercera venta definitiva ante el pretor, a quien se le solicitaba que concediera la patria potestad sobre la persona que se adoptaría. Por ser una venta ficticia el primer padre no se defendía ni reclamaba, con esta situación el pretor fundaba la acción de quien demandaba la patria potestad, siendo otorgada y así se convalida la figura de la adoptio.

Debemos señalar, que la adoptio se consideraba como un traslado de la fuerza laboral de una familia que se excedía a otra donde se carecía de ella; por ser un acto que se perfeccionaba con la intervención solamente de los dos jefes de familia, sin que el adpotado compareciera, se le dió un carácter privado. Era trascendental porque no provocó que se mezclaran las dos familias.

En los tiempos de Justiniano se determinó que tales ficciones de ventas no fueran necesarias, y tan solo era suficiente la aceptación de la adopción por el paterfamilias de origen como de quien deseaba adquirir frente a un magistrado. Por lo que la adoptio fue definida como un acto "que se cumplía imperio magistratus".(17) Asimismo se condicionó al paterfamilias que solicita la adopción a tener dieciocho años más que la persona por adoptar. Por otra parte, para otorgar la adopción, el paterfamilias no debiese tener hijos con el propósito de no lastimar los intereses de los hijos habidos con el adoptante. Posteriormente la mujer pudo ser adoptada, asimismo dejó de tener importancia el que un adoptante varón adoptara aunque tuviese hijos.

(17) ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la Décima Edición Italiana por CAMARES José M. Ediciones de Palma, Buenos Aires Argentina, 1973. Página. 526.

EFFECTOS DE LA ADOPCION

Los efectos que produce la adopción consiste en que el adoptado pierda la característica de agnado con su primera familia, permitiéndosele que lleve un apellido de su gens primitiva, en el reinado del bajo Imperio se desconoce esta costumbre.

Referente a los derechos sucesorios del adoptado, en un principio perdía todos sus derechos sucesorios frente a su padre de origen, obteniendo dichos derechos en su familia adoptiva, en este caso cuando el adoptado pierde todo derecho se le dá el nombre de adoptio plena referente al adoptante. Sin embargo, se presentaba el caso que su nueva familia lo emancipara quedando sólo y desprovisto de dinero para enfrentarse a un mundo cruel, tal situación fué analizada por Justiniano considerando pertinente legislar que el adoptado no perdía sus derechos sucesorios, dándose la adoptio minus plena.

"REGLAS DE LA ADROGACION Y DE LA ADOPCION"

- 1. El adrogado debía de consentir en la adrogación. En la adopción el consentimiento del adoptado, en su origen no parece haber sido necesario.**

2. El adoptante debe tener la pubertad plena, es decir dieciocho años más que el adoptado y treinta y seis más que el que se toma por nieto. El adrogante debería tener sesenta años.

3. La adrogación se permitía a los que no tenían hijos bajo su autoridad. Esta condición es necesaria para el adoptante y adoptado, porque éste entra como hijo en la familia adoptiva.

4. Las mujeres no pueden adoptar. Bajo Diocleciano se permitió hacerlo a una pobre madre a la que se le había muerto su hijo.

5. Los esclavos no podían ser adoptados, aunque una declaración de adopción hecha por el amo vale para el esclavo su manumisión.

6. La adrogación de hijos nacidos fuera del matrimonio sólo era permitida en el derecho clásico; pero Justiniano hizo una excepción a los hijos naturales nacidos del concubinato, pues al mismo tiempo que prohibió adrogarlos suprimió la legitimación por matrimonio subsiguiente.

Justiniano permitió al padre hacer uso de la legitimación por matrimonio subsiguiente o rescripto, lo cual atenuaba los desastrosos efectos de aquella prohibición". (18)

Concluyendo señalamos que la adopción como acto jurídico que no determina plazo ni condición fue tan practicada principalmente en la aristocracia para que sus apellidos no se extinguieran pero como todo tuvo un principio y un fin en el derecho romano, la adopción dejó de practicarse. Volviendo a configurarse jurídicamente hasta con el Código de Napoleón de 1804, que más adelante comentaremos.

(18) OB. CIT. VENTURA SILVA, Sabino. Página. 88.

LEGITIMACION

Es una figura de las fuentes de los Patrias Potestas viene a aparecer con Constantino en el Bajo Imperio, desarrollándose, asimismo con Zenón, Anastasio y Justiniano.

Entendiéndose como el acto por el cual se les otorga el carácter legal de hijos legítimos a los naturales concebidos del concubinato, con objeto de adquirir la patria potestas sobre ellos.

Los procedimientos para llevar a cabo la legitimación más practicados eran el "justo matrimonio, un rescripto del emperador y la oblación de la curia". (19)

En la primera forma, o sea con un just matrimoni se entiende como el matrimonio subsiguiente de los padres, algo que no siempre era posible. Toda vez, para que se efectuara el matrimonio entre el hombre y la mujer una vez nacido su hijo, era necesario que entre ellos no existiera ningún impedimento legal para celebrarlo como era el caso de un gobernador que mantuviese relaciones con una concubina en su provincia, le quedaba restringido el derecho a celebrar matrimonio, por ese sólo hecho.

(19) OB. CIT. FLORIS MARGADANT, Guillermo. Página 203.

Para perfeccionar la celebración conyugal con todos los efectos de la iustae nuptiae tenía que hacerse constar la entrega de un acta con forma escrita.

Los efectos legales de la legitimación surtirían al no existir oposición por parte del menor ya que entraba con la condición de agnado a la familia del padre. Respecto a los hijos adulterinos e incestuosos no son considerados aptos para ser legitimados.

Respecto a la segunda forma, es decir al rescripto imperial se entiende como la solución cuando el matrimonio entre los padres no era realizable o aconsejable, por lo que el emperador autorizaba al padre a realizar la legitimación de sus hijos naturales; por no existir hijos legítimos, por no existir oposición por parte del hijo, al estar la madre muerta, ausente o casada con otro, o por testamento del padre; legitimados los hijos naturales por vía testamentaria adquirirían el derecho a heredar. Este procedimiento de rescripto imperial producía todos los efectos.

En cuanto a la oblación a la curia, primeramente señalaremos que la curia era semejante al Senado en Roma, ofreciéndose el hijo legítimo a la curia cuando el padre lo tenía natural, sin embargo el pater no perdía autoridad sobre el hijo natural que entraba a la curia, ya que el magistrado le concedía seguir practicando su

derecho de potestad, pero quedaban restringidos sus efectos por no pertenecer los hijos a la familia del padre; para entrar a la curia debiese tener una riqueza consistente en veinticinco fanegas. Una vez estando el hijo en la curia recibía el cargo de decurión o consejero municipal, asumiendo con sus propios dineros los cobros fiscales legislado por el Bajo Imperio. Asimismo, el padre respondía de la gestión del hijo en la curia, separando de sus bienes una determinada cantidad. En lo que toca a las hijas naturales debiesen ser casadas con decuriones llevando al matrimonio una dote de veinticinco fanegas.

Debemos decir que una persona mayor de edad que fuera legitimada sufría una captis deminutio, o sea que sus derechos eran reducidos.

En lo que corresponde a la mancipium.-No era otra cosa que la autoridad que tenía un tercero sobre un filius familias, dicha autoridad se adquiría por la mancipatio. Se otorgaba la autoridad a un tercero por la mancipium por una cantidad cuando el paterfamilias era pobre, por haber causado un daño se cedía al hijo alieni iuris, o en forma temporal por la adopción y emancipación a efecto de romper la autoridad paterna.

Era tanto esclavo como libre el sujeto in mancipium, si era

manumitido por la viendicta, el censo o por testamento, su patrono tiene todos los derechos, quedando con el carácter de ingenuo. Se dice que era esclavo porque todos los bienes que adquiría pasaban a ser propiedad del Señor, y eran libres porque no pierden la libertad ni la ciudadanía preferida la primera característica por la actio iniuriarum siendo ejercitada cuando el dueño abusaba de su autoridad, sus hijos nacían libres. Desapareciendo esta figura con Justiniano.

La legitimación tiene una eficacia restringida, porque establece el parentesco y la relación correlativa entre el hijo y el legitimante únicamente. En lo que concierne a familiares del progenitor el legitimado no tiene relación alguna, es decir que ante ellos es un extraño.

Tenemos así, que la legitimación es la forma de establecer la filiación, en el derecho moderno se perfecciona con el sólo matrimonio posterior al nacimiento de los hijos, en la actualidad basta presentar al hijo ante el Oficial del Registro Civil.

EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAS

La patria potestas es una figura tan relevante que no puede ser destruída a la ligera o en forma particular, porque se correría el riesgo que se finiquite desproporcionadamente ya sea para el padre o para el hijo. La patria potestas tiene una gran concepción por estar comprendida por los pilares de la familia, por lo tanto de una sociedad, por ésto es de orden público, de sumo interés para todo un pueblo por lo que el derecho romano determinó legislar su extinción de la siguiente manera:

"a) por la muerte del padre o por su capitis deminutio máxima o media.

b) por la muerte del hijo o por su capitis deminutio máxima o media.

c) por la adopción del hijo o por otro pater familias o la adrogatio del paterfamilias.

d) por casarse una hija cum manu.

e) por el nombramiento del hijo para altas funciones religiosas o en el derecho Justiniano también burocráticas.

f) por emancipación figura que evolucionó desde ser un castigo (expulsión de la domus), hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya.

g) por disposición judicial como castigo al padre o automáticamente por haber expuesto al hijo, cosa frecuente en los tiempos del Bajo Imperio caracterizado por su pobreza general. Y por la prostitución de la hija.

h) por la celebración de un matrimonio incestuoso por parte del padre."(20)

De lo anterior se desprende que el hijo sin que haya sido padre, se convertía en un pater familias, a excepción de la adopción, de la adrogatio del pater familias o por su muerte. Respecto a la hija al extinguirse la patria potestad obtenía el rango de mujer sui iuris, menos en los casos de la adopción, adrogatio del pater familias, muerte de ella o bien al celebrarse un matrimonio cum manu.

La emancipación es el acto que volveremos a comentar por su propia trascendencia. Entendiéndose cuando el hijo sale de la

(20) OB.CIT. FLORIS MARGADANT, Guillermo. Página. 203, 204.

autoridad del pater familias para convertirse en un sui iuris. El hijo al emanciparse del padre original perdía su carácter de agnado con respecto a él. A principios del Imperio el emancipado obtuvo derechos iguales que los hijos que estaba bajo la autoridad paterna, referente a la herencia del padre. Desde este punto de vista la emancipación tuvo ventajas.

Con un rescripto imperial se permitió emancipar al hijo ausente en los tiempos del emperador Anastasio, a éste tipo de emancipación se le conoció como emancipación anastasiana.

La forma de emancipación se fue agilizando hasta llegar a una simple declaración de emancipar al hijo frente al magistrado por Justiniano.

La emancipatio era un acto a voluntad del padre en el derecho clásico, pero se obligaba a emancipar por dar malos tratos a su hijo, por el deseo del impúber de emanciparse y cuando era una condición testamentaria.

Creemos conveniente comentar la influencia del cristianismo en la potestad del padre, el cristianismo surge con el propósito de defender el idealismo del espíritu de los jóvenes romanos tratando de destruir una institución basada en opresiones y prohibiciones,

es decir la autoridad del pater familias.

Los misioneros del Evangelio no pretendían atacar al padre de familia, su único objeto era difundir entre los hombres y mujeres adolescentes la idea de respeto, de fidelidad pero no sólo con sus semejantes, sino con su misma persona, toda vez que tener un tronco no implica absolutismo, arbitrariedad, vejaciones, todo lo contrario es amor, respeto y ayuda.

En tiempos de la República, el joven que se rebelaba contra su padre era castigado desheredándolo y hasta podía darle muerte por la osadía de abandonar el culto familiar, la historia nos lo demuestra con la muerte del hijo de Flavio, acaecido por la espada que empuño la mano de su propio padre. Esta línea de asesinatos no podía seguir, sin exactitud se cree que Alejandro Severo vino a restringir la potestad del padre, otorgándole sólo el derecho a la corrección. Más tarde, al entender Constantino la trascendencia que implica engendrar un ser dándole la vida, determina legislar en su constitución las penas del parricida, al padre que asesine a su hijo. Con Justiniano se logra respetar la libertad del hijo.

Sin embargo el cristianismo no logró introducirse totalmente en la institución del padre, ya que ésta no entendía que el Cristianismo

no tenía como finalidad su destrucción, tan sólo pretendía mejorarla. Predominando la autoridad del Jefe de la domus, sin que concebieran que es "de evidentismo derecho que los hijos no pueden ser transferidos por los padres, a un tercero, ni en venta, ni en donación, ni en prenda ni en otro concepto cualquiera". (21)

Hay que connotar que el Cristianismo no solo se dirigía a los jóvenes, sino a "todos los seres: a los ignorantes para iluminarlos, a los sabios, a los buenos para mantenerlos y elevarlos a la mayor perfección". (22)

El Cristianismo trató de sembrar en la época romana un sentimiento de humanidad para derrumbar los pilares más autárquicos de la familia. Sino lo logró del todo, llegará un momento donde una familia se base en los principios de la religión para lograr el respeto y la justicia entre sus integrantes.

(21) OB. CIT. TROPLON, M. La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano. Versión Castellana del Dr. Santiago Conchillos Manterola. Página 151.

(22) OB. CIT. TROPLON, M. La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano. Versión Castellana del Dr. Santiago Conchillos Manterola. Página 151.

EL MATRIMONIO
EN
ROMA

ORIGEN DEL MATRIMONIO

Los romanos tienen sus orígenes en la rama latina del itálico, compuesto de dos razas totalmente opuestas, siendo una de ellas la clase patrii conocida como - gens - eran los ciudadanos que gozaban y disfrutaban de todos los privilegios que les otorgaba el sólo hecho de pertenecer o de ser la aristocracia, como era la de ocupar cargos públicos por factor hereditario. La otra clase la componía el proletariado - plebs -, plebeyos que no eran ciudadanos, por lo tanto estaban excluidos del Senado y denigrados para ocupar cargos públicos, viviendo en el llano y por las montañas. A pesar de que estaban sometidos a un plano inferior, los plebeyos tenían una condición libre, practicaban relaciones de derecho privado- ius commercii - con los patricios, y gracias a esta libertad eran caracterizados independientes ante los tribunales.

Estas diferencias de clases fueron tan practicadas que se convirtieron en leyes, siendo en un principio en Roma como pueblo primitivo, leyes no escritas, derivadas de la fuerza, de la guerra de los patricios sobre los plebeyos. Provocando que los nobles patricios se convirtieran en verdaderos ciudadanos, estos grupos de clase predominaron desde la época arcaica.

Los romanos tenían como cimiento los lazos que se constituían de la familia, es decir el grupo de parientes carnales, asimismo se incluían a los sirvientes con sus pertenencias, a esta familia se le llamó agnación. Considerabase a la familia como un Estado en pequeño, el cual era regido con un poder de señorío por el padre o pater familias. El pater familias se concebía como un sacerdote, juez, y el único dueño de todos los bienes, representaba la fuerza de la violencia y podía vencer, abandonar, hasta dar muerte. Poder que estaba en contra de la naturaleza del hombre como ser humano.

Roma, careció de la libertad por la concentración de poder bajo el pater familias. Tenían un absoluto derecho "sobre sus hijos in patria potestate, sobre la mujer - in manu-, también sobre personas sometidas por el derecho civil -in mancipio-.(23)

Todos los miembros de la familia se le sometían en almay en vida. Este sometimiento concluía con la emancipación o venta del hijo. La mujer al contraer nupcias pasaba al dominio del suegro y no del esposo, por ser el jefe de la Familia, dicha autoridad terminaba con la muerte del Pater Familias.

·(23) CAPDEVILA, Arturo. El César Contra el Hombre. Rosario Argentina 1947. Editorial Rosario, S.A., Página 60.

De acuerdo a la moral y a los intereses de la Ciudad, el Pater Familias utilizaba su poder en beneficio de los integrantes de la Familia. Sin embargo, existían aquellos Pater Familias que no procedían razonablemente, por lo que se hacían merecedores del deshonor por parte de los sacerdotes, de la opinión pública o del censor.

Pero en el sentido estricto del derecho el Pater Familias era el único responsable como dueño de "enajenar, de transmitir, dividir entre sus herederos y legatarios a su elección". (24) El estado no tenía derecho ni siquiera en gravar o expropiar las propiedades del pater familias.

Pero así como fue el tiempo pasando el absolutismo del Pater Familias era cada vez menos. En la práctica ya no se admitía "que el padre peque cruelmente, mate o venda a sus hijos y mucho menos que lo haga con su mujer". (25) Con la Ley de las Doce Tablas, disponía en una de sus reglamentaciones que quedaba

(24) VILLEY, Michel. El Derecho Romano. Buenos Aires, Argentina 1963, Editorial Universitaria. Primera Edición. Página 11.

(25) VILLEY, Michel. El Derecho Romano. Buenos Aires, Argentina 1963, Editorial Universitaria. Primera Edición. Página 11.

prohibido vender a un hijo más de tres veces. Cuando este lineamiento se contravenía se otorgaba facultad al hijo para que se emancipara de la patria potestad.

En lo que se refiere a la matrona romana conocida como ama, era consultada para todo a lo que se refería a las faenas de la casa, la gobernaba, encargándose de recibir a los parientes y amigos de la familia. La matrona podía asistir a las fiestas o juegos así como participar en todas las diversiones que se suscitaran. A efecto de que fuese respetada en sus salidas guardaba toda compostura y observaba las costumbres que imperaban. No debía permitir que la besara su esposo enfrente de sus hijos ni de otras personas ajenas. La mujer no era libre totalmente para hacer lo que mejor juzgara, ya que el beber vino o el cometer adulterio eran motivos para darle pena de muerte.

Para la familia romana el fuego era sagrado, en cada casa debía existir un altar de ceniza y carbones encendidos. El jefe de familia tenía la obligación de mantenerlo vivo, por lo que lo alimentaba de noche y de día, ya que significaba la existencia de su casa. Una vez extinguido el fuego, la familia desaparecía.

La religión tenía una estrecha relación con el fuego, porque determinaba que el fuego debía mantenerse totalmente puro, es

decir prohibía que se le echaran cosas sucias o que se ejecutaran actos culpables frente al fuego sagrado. Asimismo, debía de ser renovado un día al año, encontrando un punto de calor frotando dos trozos de madera.

En Roma se celebraron frecuentemente este tipo de matrimonios como si fuesen actos de derecho sagrado, practicados en presencia por el "Sumo Pontífice", el Flamen dialis y otros pontífices". (26)

La unión sacramentada de jóvenes patricios era de carácter indisoluble, por ningún motivo podían separar su cuerpo ni su alma. COEMPTIO: Surge entre los plebeyos, sus bodas eran privadas y su carácter legal sólo se determinaba, por una adquisición o compra simbólica de la novia al Pater Familias o prescripción -usus-, es decir que había probabilidades de una "cohabitación cuando la mujer durante un año no se ausentaba tres noches consecutivas del domicilio conyugal -usurpatio tricnocti"-. (27)

(26) BLOCH, Leo. Instituciones Romanas. Traducción de la Tercera Edición Alemana por el Dr. Guillermo Zotter. Editorial Laboral S.A. Página 169.

(27) OB. CIT. BLOCH, Leo. Instituciones Romanas. Traducción de la Tercera Edición Alemana por el Dr. Guillermo Zotter. Página 169.

El casamiento romano comprendía tres actos:

TRADITIO

DEDUCTIO IN DOMUN

CONFARREATIO

TRADITIO: En este acto la doncella abandonaba su primer hogar, o sea el hogar paterno, el cual no se consideraba como su propio hogar y si estaba allí era por sólo disposición y autorización de padre. El decidía cuando era el momento para que la jóven saliera de su hogar desligándose completamente del Pater Familias. Por lo que, el acto traditio era una forma meramente indispensable.

La fiesta de la boda comenzaba cuando la jóven novia se despojaba de su vestimenta que la caracterizaba como doncella. Al día siguiente, por la mañana dirigían a la doncella a los oráculos para conocer los auspicios que le esperaban. Posteriormente y ante 10 testigos el padre de la jóven hacia entrega de la dote al hombre que se convertía en su yerno.

DEDUCTIO IN DOMUM: Una mujer casada representando a Juno, diosa protectora del hogar doméstico conducía a la novia a la casa del novio, ésta llevaba el rostro cubierto con un velo del color azafrán - flam memum -. Al declarar los jóvenes unidos en

matrimonio la Pronuba, es decir la madrina unía sus manos.

El padre del novio consagraba y sacrificaba un animal como era una ternera o una puerca. Lo que restaba del día los jóvenes esposos recibían las felicitaciones, los regalos que se les hacían por su unión en matrimonio y disfrutaba del banquete. Una vez llegada la noche, precediendo el cortejo entre corona, antorchas, cantos religiosos, música de flautas; una comitiva de amigos y parientes escoltaban a la novia a la casa de su esposo, caminando al frente el novio quien repartía nueces con una mano y con la otra llevaba una tea encendida. A la vista de la casa el cortejo se detiene.

El fuego y el agua se hacen presentes a la joven, dos elementos necesarios para el hogar, ya que el fuego significa "el emblema de la divinidad doméstica, el agua es el agua lustral que sirve a la familia para todos los actos religiosos". (28) El esposo cargaba sobre el umbral de su casa a la doncella sin que sus pies tocaran el piso, representando el rapto. Desde este momento el esposo se convertía en dueño absoluto de la esposa y de sus bienes, es decir que salía de la manus del padre, para ser del esposo, éste tenía derechos sobre ella y él solo gozaba del usufructo de la dote.

(28) COULANGES, Fustel de. La Ciudad Antigua. Editorial Daniel Jorro. Madrid 1920. pág. 53.

CONFARREATIO: Ya estando en el hogar, se llevaba alrededor del fuego, por encontrarse ahí todos los Dioses Domésticos, las imágenes de los antepasados y la ofrenda del pan. Este pan que se ofrece a Júpiter "simboliza la comunidad de vida y de interés".
(29) Los conyuges orabán y comían una torta de flor de harina.

Este acto es lo que viene a santificar la unión de los esposos, a partir de entonces la mujer tendrá los mismos dioses, ritos, oraciones, fiestas que su marido, quedando totalmente desligada del padre, de su religión y de su familia. Participando tan sólo en la religión del marido, por lo que adorará y ofrendará a sus antepasados. Con el matrimonio la mujer lleva una nueva vida pasando ahora a ser como hija del marido.

La casa de los nuevos esposos sólo constaba de una puerta rectangular - atrium -, de color negro, pero no de pintura, sino del humo gris por el fogón, ya que ahí mismo se cohabitaba.

Contenía, un arca de dinero y documentos de familia, cerca del fogón había una mesa y en el fondo de la habitación la cama

(29) SANTA CRUZ TEIJEIRO, José. Manual Elemental de Instituciones Romanas. Madrid, España 1946. Editorial Revista de Derecho Privado. Página 25.

matrimonial. En el techo existía un orificio por el que salía el humo, al mismo tiempo entraba aire, luz como la lluvia, recogida por un albije - impluvium - encontrándose clavado en el piso en la misma dirección. Tal habitación resultó impropia para los hijos desposados, teniendo que hacer dormitorios independientes con una única salida que daba al atrio principal donde comían y rendían el culto doméstico.

La mujer casada llevaba arriba de su túnica una vestidura larga - stola -, con o sin mangas y un paño cuadrangular - palla - teniendo la misma calidad de toga como para el hombre.

Debemos de señalar, que el derecho a lo religioso era desigual, entre los patricios y plebeyos no podían casarse entre ellos, tampoco tenían derecho a testar ni a adoptar. Todos los plebeyos eran sometidos a un código de leyes públicas e iguales para todos no podían ejercitar un culto, ni practicar el sacerdocio. Debido a ésto los plebeyos lucharon durante dos siglos para obtener la igualdad con los patricios, "Desde la Implantación del Tribunado 493 a.c. hasta la admisión de los plebeyos en el pontificado 300 a.c." (30).

(30) BECERRA OLIVA, Guillermo. La República Romana. Editorial De Palma, Uruguay. Buenos Aires, Argentina 1944. Página 46.

Una vez obtenida la victoria de los cónsules y tribunos sobre los descendidos lucharon por borrar la prohibición entre patricios y plebeyos consignada en la Ley de las XII Tablas, que provocaba desorden entre estas clases.

Hasta con la Ley de las doce tablas, las leyes eran transmitidas en forma oral, es decir de padre a hijo. Con la ley en mención y propuesta por tribuno Terentilo Arsa, por el año 451 a.c., se escribieron leyes públicas y comunes a patricios y plebeyos.

Con la Ley de las Doce Tablas, no fue obtenida la igualdad jurídica en su totalidad, toda vez que se seguía regulando la prohibición del matrimonio entre patricios y plebeyos. No fué sino hasta cuatro años después con la Ley Canuleia, 445 a.c., que se derogó dicha prohibición a pesar del no consentimiento de los patricios. El tribuno Canuleyo promovió la reforma para permitir el connubio entre patricios y plebeyos, es decir el matrimonio *justae nuptiae*, el cual producía todos los efectos que emanaban del derecho civil.

Esta reforma fué trascendental porque borró las diferencias de clase entre los patricios y los plebeyos lo que provoca desigualdades procurándose así la unión entre ellos pero no en matrimonio, sino en una sola clase social, sin embargo, para los plebeyos la lucha no concluía con el haber obtenido la igualdad

jurídica y social, sino se preparaban para alcanzar una igualdad política.

Por el siglo tercero antes de Cristo en Roma, se había establecido varias categorías de personas como los ciudadanos, peregrinos, esclavos. Los ciudadanos gozaban de todos los derechos políticos, podían votar en las asambleas *ius suffragi* -, ser electos magistrados - *ius honorum* -, mantenían derechos civiles o sea de propiedad - *ius commercium* -, y tenían derechos capitales referente al matrimonio - *ius connubium* -.

La calidad de ciudadano se adquiría por "nacimiento de matrimonio legítimo y de padre ciudadano; y por manumisión válida y regular después de la segunda generación" (31).

Durante el siglo IV, la Iglesia exigía al matrimonio "la doble formalidad de la publicación previa - *professio matrimonii* in ecclesia - y la bendición nupcial - *benedictio sacerdotalis*. Los impedimentos impeditivos del matrimonio eran los tiempos de ayuno - *tempus clarasum* - ó de penitencia - *interdictum ecclesiasticum* - y los votos de castidad de las santas vírgenes. Entre los impedimentos dirimentes se notaba la disparidad de religión, el

(31) OB. CIT. BECERRA OLIVA, Guillermo. Página 97.

adulterio o del raptó anterior y el parentesco o alianza natural" (32). Concluimos diciendo que la religi3n dom3stica enseñó al hombre que el matrimonio era más que una relaci3n carnal y un afecto efimero.

Era algo mas fuerte por ser una uni3n con un mismo culto y creencias para procrear y para que su descendiente continuara su culto. Ya que éste representaba el fruto del matrimonio. La ceremonia de las nupcias era algo tan solemne que sólo se permitía una mujer en cada casa, es decir que la religi3n romana no admitía la poligamia.

La finalidad de todo buen romano era llegar a ser un buen padre de familia. El padre transmitía a sus hijos los primeros conocimientos como era labrar el campo, manejar las armas y venerar los dioses, también se obtenían de la ley de las doce tablas.

El matrimonio romano se construyó en una recia estructura, que tenía sus propias formas y principios generales para convertirse en una dogmática jurídica. En otras palabras, del hecho que

(32) CASTELLANOS RUIZ, Gregorio. Compendio Histórico Sobre Las Fuentes Del Derecho Romano. Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco 1978. Primera Edici3n. Páginá 76.

constituía se convirtió en norma por sentir la necesidad de establecer principios que lo normarán alejándose de la institución religiosa.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

CONCEPTO DE MATRIMONIO

Una vez, que hemos descrito el desarrollo del matrimonio en el devenir de la historia romana, citaremos su concepto.

Primeramente, diremos que la palabra matrimonio viene del vocablo latino matrimonium, la cual deriva a su vez de las voces matrismanium que significa "carga, cuidado y gravamen de la madre" (33).

En el Digesto se define el matrimonio como "la unión del hombre y la mujer, una asociación de toda la vida, implicando la comunidad de intereses pecunarios y religiosos" (34).

Esta definición es poco exacta en cuanto a su época, ya que en lo que respecta a la comunidad de intereses, no existía igualdad de culto, ni los bienes se compartían entre hombre y mujer.

(33) IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, México Distrito Federal 1978, Primera Edición. Página 10.

(34) VENTURA SILVA, Sabino, Derecho Romano. Curso de Derecho Privado. México Distrito Federal 1985, Editorial Porrúa, Octava Edición. Página 99.

El matrimonio romano también se entiende como, la "unión del hombre y de la mujer en una comunidad indivisible" (35).

Para las Institutas de Justiniano no se concebía como la "unión de varón y la mujer que lleva en sí, un régimen inseparable de vida" (36).

Los preceptos mencionados concebían al matrimonio de acuerdo al carácter que existía en los principios en Roma, o sea aspecto netamente religioso y era éste determinante no era un acto jurídico, sino una institución de hecho ya que de una manera era una convivencia entre el hombre y la mujer. El matrimonio romano, se mantenía por la *affectio maritalis*, entendiéndose como el deseo de vivir como esposos.

Finalmente, el derecho romano determino al matrimonio como "un acto o un hecho en virtud del cual una mujer, *sui iuris* o *alieni iuris*, sale de la familia de origen y entra en una nueva familia en condición de sometida y con la particular función de procrear al jefe de familia o a uno de sus súbditos libres una descendencia

(35) OB. CIT. IBARROLA, Antonio. Página 107.

(36) OB. CIT. VENTURA SILVA, Sabino. Página 100.

legítima"(37).

El matrimonio romano al ser regulado como un estado civil, va a existir en él o estará constituido de deberes y facultades, derechos y obligaciones, ésto con la finalidad de proteger su unión y el porque de esa unión; la procrean a los hijos y su protección, y para esto se requiere de la mutúa colaboración, así como la ayuda de ambos cónyuges. Es bien cierto que en Roma la unión entre un hombre y una mujer fue un hecho natural, religioso, pero a efecto de que subsistiera y fuera permanente tuvo la necesidad de imponerse al derecho.

(37) ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Traducción de José M. Carames Ferro. Buenos Aires, 1973. Ediciones de Palma. 10a. Edición Italiana. Página 488.

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

Los romanos consagraban el matrimonio a los dioses, todavía con Justiniano, era esencialmente religioso, fue después cuando se dió la intervención del Estado, considerándolo como un contrato civil.

Los romanos no celebran el matrimonio en actos públicos ni la sociedad intervenía. Fue hasta muchísimo después que la iglesia volvió a intervenir tomando al matrimonio de su única jurisdicción y determinándolo como un sacramento.

Desde un principio, en Roma se practicó el matrimonio en diferentes formas para su celebración, las cuales inspiraban ternura y gracia. Era elegante por la fortuna de los esposos pero no lo exigía la ley. "Así el flammeum, especie de velo amarillo que portaba la desposada, la rueca, el hueso y el hilo que llevaba consigo, el dirigirse hacia la casa nupcial, las colgaduras y juegos de tapices y damascos, así como el verde follaje que adornaban la mansión, las llaves que le eran entregadas, las palabras consagradas, la recepción por el agua, el fuego y todas las alucinaciones mitológicas". (38) No eran requerimientos indispensables para que el matrimonio se considerase válido; así

(38) OB. CIT. IBARROLA, Antonio de. Página 108.

tenemos que en nuestros días la vestimenta de la novia, el velo que cubre los rasgos de su rostro, la corona de azahares que magnifica su cabellera, el baile y la recepción no son necesarios para la unión de un hombre y de una mujer, y para que sea legalmente reconocido por el Estado.

El matrimonio del antiguo derecho romano, lo percibimos con un dominio absoluto marital sobre la mujer - manus marti -, ya que una vez desposada pasa a ser miembro de la casa del marido bajo sometimiento. Esta obediencia no comienza cuando entra a la casa del marido, sino creemos que es desde que se efectúa la compra de la novia - coemptio - como forma primitiva del matrimonio, es decir que a través de esta forma el pater familias entrega a las hijas en casamiento.

El matrimonio romano en cualquiera de las formas que lo practicaban, ya sea por la confarreatio, la coemptio o por medio del usus, siendo su único alcance y finalidad llevar a cabola voluntad de convivencia entre varón y una mujer como esposos affectio maritalis -, quedando así las relaciones maritales establecidas por una situación de hecho.

Como señalamos la confarreatio viene a ser una forma de matrimonio romano, el cual era un sacrificio ofrecido a Júpiter

con ceremonias y palabras solemnes. Con esta forma se consagran los ritos y la vida entre los esposos. La coemptio es otra forma, siendo una aplicación de la mancipatio referente a su venta; quedando la mujer en ambas formas del matrimonio romano bajo la potestad marital. El usus, venía a hacer el matrimonio consensual, conocido así hasta los albores de la Edad Media. Con la conventio in manu la mujer deja su dependencia y se desliga de un parentesco civil con su primera familia.

En la Epoca de Augusto se publicaron dos leyes, Julia y Papia Poppaea que vinieron a regular el matrimonio como contrato civil o siendo prohibido para los Senadores Cingenuis esposar a determinadas mujeres, asimismo señalaron incapacidades para los célebes y para los que no tuvieran hijos, con el derecho civil romano la mujer recibía la denominación de uxor y el hombre de vir. La uniones entre un hombre y una concubina no eran sancionadas por el derecho romano pero no se clasificaban de honorables, más que nada para la mujer. Las relaciones entre esclavos no producen ningún efecto jurídico sólo naturales, tampoco se les permite el connubium. El romano podía contraer matrimonio con una romana pero no con latinas o peregrinas salvo concesión.

Concluimos diciendo que en un principio el matrimonio romano

estaba regulado por la situación de hecho, esto quiere decir que el matrimonio, estaba totalmente desligado a las determinaciones de derecho, posteriormente se encontraba organizado sobre los lineamientos de la religión, por último y con un difícil desprendimiento de lo religioso tomó caracteres jurídicos con el ius civile. Esta regulación jurídica determinó las incapacidades para contraer matrimonio y sus efectos, la relación de los consortes respecto de los hijos para fortalecer las justae nuptiae. Como "base fundamental de la organización social romana particularmente durante la República" (39).

(39) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas, Familia. Editorial Porrúa, México Distrito Federal, 1980, Cuarta Edición. página 473.

REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

Como se señaló en el capítulo que antecede, el matrimonio es una fuente de la potestad paterna. El matrimonio, o *justae nuptiae* o *justum matrimonium*, es el matrimonio legítimo, es decir aquel que se basa conforme a lo establecido por el derecho civil romano. Para que existiera bajo el ordenamiento jurídico romano debía de haber un deseo de los cónyuges para hacer vida marital - *affectio maritalis* -, logrando su consumación.

Desde el origen de la sociedad romana se consideró al matrimonio como el medio para conseguir la procreación de los hijos. Era la figura ideal para que la mujer tuviese el respeto como tal, no sólo se daba en la casa del esposo, sino también se consideraba, se respetaba y se honraba al igual que el hombre en la ciudad.

Para que la figura del matrimonio se diese, tenía que reunir tanto el hombre como la mujer determinados requisitos, siendo contemplados por los preceptos romanos y en la época de Ulpiano, los siguientes:

- "-La pubertad de los esposos**
- Su consentimiento**
- El consentimiento del jefe de familia**

-El connubium" (40)

PUBERTAD.-Entendemos por pubertad cuando el hombre y la mujer llegan a la edad determinada para poder desarrollarse fisiológicamente, cumpliendo así lo dispuesto por la naturaleza, es decir procrear.

En el origen de la era romana se obtenía la pubertad a la edad de los doce años para las hijas y referente a los varones cuando el padre encontraba en su cuerpo mediante examen las señales de la pubertad.

Durante el Bajo Imperio los Proculeyanos, después de ser censurados por los estoicos declararon la pubertad para los hombres a los catorce años de edad. En cambio los Sabinianos no acataron esta disposición prefiriendo seguir con lo anterior, o sea se acogían a la - inspectio corporis -. Esta regla de edad prevaleció hasta con Justiniano, quien censuró a los Proculeyanos.

(40) PORTE PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano Traducido de la Novena Edición Francesa y Avistada con Notas Originales por Dr. José Fernández González Editorial Epoca, S.A., México, Distrito Federal, 1980. Página 104.

CONSENTIMIENTO.-Es el libre consentir de las partes para unirse en matrimonio. En un principio el jefe de familia obligaba a los hijos a unirse con quien designara. Posteriormente en el Bajo Imperio, ya no le correspondía este derecho, prevaleciendo la libertad para contraer un matrimonio libre, por lo que las partes tenían facultad de unirse cuando lo considerasen.

En lo que respecta al que no esta bien de sus facultades mentales podía contraer matrimonio siempre y cuando dentro de su locura tuviese un momento de lucidez. No creemos, que un instante de luz fuera suficiente para determinar una unión, sacrificando a otro ser humano a su eterna oscuridad.

CONSENTIMIENTO DEL JEFE DE FAMILIA.-Si los hijos son sui-iuris tenían la facultad para contraer nupcias libremente sin consentimiento alguno. Pero los que eran sometidos a la autoridad paterna estaban bajo su estricta instrucciones. Este consentimiento no era con la finalidad de proteger los intereses del matrimonio, sino proteger la autoridad paterna, cuyas consecuencias son:

" 1. Este consentimiento es necesario, sea cual fuera la edad del descendiente.

2. El de la madre nunca se exige, por no tener autoridad.

3. El jefe de familia debe de consentir, aunque sólo sea abuelo del descendiente que vaya a casarse, y en igual caso, el consentimiento también se exige para sus nietos, puesto que a la muerte del abuelo los hijos nacidos del matrimonio caen bajo la autoridad del padre, siendo un resultado al cual tienen que haber consentido" .(41)

Bajo el imperio se protege más al hijo para que pueda contraer matrimonio, para la mujer se sigue solicitando el consentimiento del padre o de la madre o de sus parientes más próximos.

DISPENSA EXCEPCIONAL.-Cuando el pater familias no autorizaba el casamiento del hijo, el magistrado lo podía hacer de acuerdo con la Ley Julia Maritandis Ordinibus del año 18 a.c.

CONNUBIUM.- Es la facultad jurídica para contraer los justae nuptiae. Los ciudadanos romanos eran quienes podían disfrutarla. Los esclavos, latinos, excepto los latiniveteres y los peregrinos no gozaban del connubium en el derecho antiguo, a menos que solicitara concesiones especiales; cuando se extendió el derecho de la ciudadanía en el Bajo Justiniano, todos gozaban del connubium excepto los esclavos y bárbaros. Por otra parte, existían los casos

(41) OB. CIT. PORTE PETIT, Eugene. Página 105.

3. El jefe de familia debe de consentir, aunque sólo sea abuelo del descendiente que vaya a casarse, y en igual caso, el consentimiento también se exige para sus nietos, puesto que a la muerte del abuelo los hijos nacidos del matrimonio caen bajo la autoridad del padre, siendo un resultado al cual tienen que haber consentido" .(41)

Bajo el imperio se protege más al hijo para que pueda contraer matrimonio, para la mujer se sigue solicitando el consentimiento del padre o de la madre o de sus parientes más próximos.

DISPENSA EXCEPCIONAL.-Cuando el pater familias no autorizaba el casamiento del hijo, el magistrado lo podía hacer de acuerdo con la Ley Julia Maritandis Ordinubus del año 18 a.c.

CONNUBIUM.- Es la facultad jurídica para contraer los justae nuptiae. Los ciudadanos romanos eran quienes podían disfrutarla. Los esclavos, latinos, excepto los latiniveteres y los peregrinos no gozaban del connubium en el derecho antiguo, a menos que solicitara concesiones especiales; cuando se extendió el derecho de la ciudadanía en el Bajo Justiniano, todos gozaban del connubium excepto los esclavos y bárbaros. Por otra parte, existían los casos

(41) OB. CIT. PORTE PETIT, Eugene. Página 105.

que cuando se tenía el derecho de ciudadano para efectuar el connubium había otras incapacidades como era el parentesco, la afinidad, causas de moral, de conveniencia o por orden político.

En lo que respecta al parentesco se prohibió toda relación de matrimonio en línea recta, toda vez que representa la inmoralidad y la deshonestidad; en cuanto al parentesco por línea colateral sólo se prohibía entre hermanos, tíos y sobrinos. Entre hermanos primos, en un principio fueron admitidos, pero con Teodosio El Grande fueron prohibidas, siendo autorizadas con Arcadio y Honorio.

El que la antigua Roma, haya establecido requisitos para la celebración matrimonial, fue equilibrado, a efecto de no caer en la promiscuidad, pero fue injusto para aquellos que no tenían la característica de ciudadanos.

En un principio se creyó que al reunir los requisitos para contraer matrimonio, sería libre pero esta excepción fue borrada en todas sus fases por el derecho romano.

Con los requisitos también se hacían a un lado las malas costumbres y la poca procreación que provocaba despoblación principalmente en las altas clases de mando. Estableciendo una

edad determinada para contraer nupcias siendo para el "hombre de los 25 a los 60 años y a la mujer se le autorizó de los 20 a los 50 años de edad" (42), consagrado en la Lex Iulia de Maritandis Ordinibus propuesta por Augusto por el año 18 a.c. y por la Lex Papia Poppea Nuptialis del año 9 d.c., dichas disposiciones se unificaron en una sola ley llamada Lex Iulia et Papia. Las personas que celebraban matrimonio rebasando las edades determinadas, se consideraba a su matrimonio como no realizado e inexistente.

(42) OB. CIT. PORTE PETIT, Eugene. Página 47

FORMAS DE MATRIMONIO

MATRIMONIO SINE MANU

Las manus se concentraba en el dominio total y absoluto del marido sobre la mujer. Por lo que, el derecho romano a través de la Ley de las XII Tablas, permitió una forma de matrimonio donde la manus no fuera absoluta, siendo el sine-manu, donde la mujer podía salir tres noches consecutivas -*usurpatio trinoctii* - de la *domus marital*. Sin que la permanencia de la mujer en su casa originaria no fuese en perjuicio de la legitimidad de sus hijos, todo lo contrario eran concebidos y considerados legítimos, y de su misma posición social. Esta unión que los antiguos consideraban libre también la denominaron matrimonial y así surge el matrimonio sine manu. En este tipo la mujer pertenecía a su origen, es decir a su primera familia y el padre tenía todo el derecho de reclamarla y solicitarla a su marido, sin que contradijera su devolución, por medio del - *interdicto de liberis exhibendis item ducendis* -.

El matrimonio sine manu, en ocasiones sufría de arbitrariedades por parte no del marido sino del padre de la mujer, que con el afán de seguir ejerciendo sobre ella la manus, la reclamaba en su propia *domus*, sin importar que su unión gozaba de armonía y paz -*matrimonium bene concordans*-. Ya en el tiempo de Antonio Pío,

se le concede al marido sine manu un "interdictum denominado de uxore exhibenda ac ducenda" (43).

A fines de la República toma apogeo el matrimonio sine manu, poseyendo sus bienes propios, gozando de independencia jurídica, por lo que se puede decir que la mujer, es igual que su marido.

La ausencia de la mujer por tres noches, no tuvo como finalidad perjudicar su integridad como mujer o bien a su familia, el motivo de su institución fue para evitar la manus por parte de su esposo.

A finales de la República y comienzos del principado, la ausencia por prolongada que fuese, no se considero motivo para disfrutar el matrimonio salvo que con ella haya desaparecido la affectio maritalis, es decir la vida conyugal. Es importante señalar que la manus estaba totalmente limitada respecto al esposo cuando la mujer se caracterizaba por ser sui iuris.

El matrimonio sine manu, no cambio la status civil de las personas, la romana que se casa con un extranjero, ésta seguira siendo romana, al igual en el caso de extranjera desposada con romano, seguirá su condición de extranjera.

(43) OB. CIT. SANTA CRUZ TEJEIRO, José. Página. 27.

Esta forma de matrimonio ocupó un lugar importante en los últimos tiempos de la República considerado como el más trascendental para la legislación romana. Conservó su misma estructura, a pesar de que en un tiempo se estimó como fuente de derechos y obligaciones, es decir que se manifestaba como relación jurídica pero no en los términos que desempeñaba la confarreatio y la coemptio, una vez que se daba producía sus efectos para siempre. Cesando éstos, al dejar de existir y cuando creyesen necesario los esposos; sin embargo, la relación con los hijos habidos tenían efectos para toda la vida.

MATRIMONIO CUM MANU

Se concebía cuando la mujer estaba bajo la manus de la familia de origen, a través de este matrimonio pasaba directamente al poder del marido, en ocasiones era desagradable para el pater familias esta situación, ya que tanto su cesión como dominio sobre ella pasaba total al esposo.

El matrimonio cum manu había perdido práctica y los pocos que se celebraban bajo esta forma de matrimonio, se decía que eran excepciones principalmente en la época clásica. Por esta etapa histórica la forma de matrimonio llamada usus estaba en desuso completamente. Referente a la confarreatio se les exigía que las personas que desearan ocupar cargos sacerdotales de - flamen maior y de rex sacrorum -, debiesen haber nacido bajo la forma de matrimonio cum manu, estos deseos estaban concentrados a pequeños círculos, toda vez que se ocupaban dichos cargos por factor hereditario. Por lo que respecta a la coemptio, no se puede decir que fuese más practicada, pero se usaba para casos particulares, como era cuando "la mujer quería sustraerse de la tutela de los agnados se dejaba coemere por un prestanombre, quien la emancipaba inmediatamente a otro hombre de confianza, y éste la manumitía y quedaba formalmente como su tutor -

coemptio fiduciae causa -" (44).

Sin embargo, lo que restaba de esta forma se extinguió con Justiniano.

El matrimonio cum manu, fue una forma de matrimonio que surgió en sus inicios como una figura de hecho, el cual y por su constante práctica se convirtió en una situación jurídica siendo obligatoria su total observancia para aquellos que se unieran bajo su regulación.

En este tipo de matrimonio la mujer perdía todo derecho en cuanto al aspecto hereditario, además su relación de parentesco con su familia originaria se extinguía. Obteniendo de la familia de su cónyuge una relación agnaticia.

Para que estos matrimonios se perfeccionaran ya en el cum manu o en el sine-manu, lo que importaba no era que fuera una situación de hecho o derecho, o el simple deseo de ser marido o mujer, sino lo trascendental de estas formas matrimoniales era la vida marital de la mujer y el varón. En otras palabras, que los esposos se dirigieran a la residencia del marido para significar su

(44) OB. CIT. PETIT, Eugene. Página 489.

cambio de vida en el hacer conyugal.

Sin embargo lo que restaba de esta forma se extinguió con Justineano.

El matrimonio cum manu, fue una forma de matrimonio que surgió en sus inicios como una figura de hecho, el cual y por su constante práctica se convirtió en una situación jurídica siendo obligatoria su total observancia para aquellos que se unieran bajo su regulación.

En este tipo de matrimonio la mujer perdía todo derecho en cuanto al aspecto hereditario, además su relación de parentesco con su familia originaria se extinguía. Obteniendo de la familia de su cónyuge una relación agnaticia.

Para que estos matrimonio se perfeccionaran ya en el cum manu o en el sinemanu, lo que importaba no era, que fuera una situación de hecho o de derecho, o el simple deseo de ser marido o mujer, sino lo trascendental de estas formas matrimoniales era la vida marital de la mujer y del varón. En otras palabras, que los esposos se dirigieran a la residencia del marido para significar su cambio de vida en el hacer conyugal.

MATRIMONIO CONNUBIUM

El connubium más que un tipo de matrimonio era un elemento esencial para contraer el enlace matrimonial, era aquel donde las partes tenían la capacidad jurídica para contraer nupcias. Este tipo de matrimonio era exclusivo para contraer nupcias. Este tipo de matrimonio era exclusivo para la clase privilegiada, osea los patricios quienes eran ciudadanos con capacidad jurídica para este acto y para todos aquellos que regulaba el Imperio Romano. En cambio para los plebeyos, gente sin condición ni derechos eran excluidos de gozar este ius conubii.

Afortunadamente con la Ley Canuleia publicada en el año 445 a.c. permitió el connubium a los habitantes que se encontraban fuera de Roma y a ciudades como las latinas y peregrinas. Este derecho se siguió extendiéndose y en el bajo Imperio los únicos que no lo gozaban eran los esclavos y los bárbaros. Pero existían otras clases que tenían condición social pero se les prohibía el connubium con la "Ley Julia de Adulteriis prohibía el matrimonio entre el cónyuge adúltero y el cómplice del adúltero; la Ley Julia et Papia Poppoea priva del Connubium a la liberta que se hubiera divorciado del marido cuando éste era patrono suyo. Los gobernadores de provincias no pueden contraer matrimonio con las mujeres de la provincia por ellos administrada. Un Senado

MATRIMONIO CONNUBIUM

El connubium más que un tipo de matrimonio era un elemento esencial para contraer el enlace matrimonial, era aquel donde las partes tenían la capacidad jurídica para contraer nupcias. Este tipo de matrimonio era exclusivo para contraer nupcias. Este tipo de matrimonio era exclusivo para la clase privilegiada, osea los patricios quienes eran ciudadanos con capacidad jurídica para este acto y para todos aquellos que regulaba el Imperio Romano. En cambio para los plebeyos, gente sin condición ni derechos eran excluidos de gozar este ius conubii.

Afortunadamente con la Ley Canuleia publicada en el año 445 a.c. permitió el connubium a los habitantes que se encontraban fuera de Roma y a ciudades como las latinas y peregrinas. Este derecho se siguió extendiéndose y en el bajo Imperio los únicos que no lo gozaban eran los esclavos y los bárbaros. Pero existían otras clases que tenían condición social pero se les prohibía el connubium con la "Ley Julia de Adulteriis prohibía el matrimonio entre el cónyuge adultero y el cómplice del adultero; la Ley Julia et Papia Poppoea priva del Connubium a la liberta que se hubiera divorciado del marido cuando éste era patrono suyo. Los gobernadores de provincias no pueden contraer matrimonio con las mujeres de la provincia por ellos administrada. Un Senado

Consulta de la época de M. Aurelio y Commodo, prohíbe el matrimonio entre el pupilo y su tutor y los descendientes, ascendientes y herederos del tutor antes de haber éste rendido cuentas de su gestión. En la época de Augusto se prohibía a los senadores el matrimonio con libertas y a los ingenuos con prostitutas, alcahuetas o adúlteras. En derecho justineano se prohíbe el matrimonio entre raptor y raptada". (45)

A efecto de perfeccionar el connubium se requería determinados requisitos como era la edad puber, el consentimiento del pater familias, es decir que cuando los contrayentes estaban sujetos a las potestas requerían de su aprobación para celebrarlo y para que este matrimonio surtiera todos sus efectos válidos jurídicamente.

El matrimonio entre un romano y una extranjera otorgándose la forma del connubium, y si éstos tienen hijos, heredaban la misma condición del padre, o sea serán romanos. En caso de que el connubium no se dé entre los esposos entonces todos tendrán la condición de extranjeros. Por el contrario cuando el romano sea la mujer y el hombre el extranjero habiendo el connubium serán extranjeros, sin el connubium por la madre concebiran la concepción de romanos.

(45) OB. CIT. SANTA CRUZ TEJEIRO, José. Página 28.

Por otra parte, el hijo nacido de una romana y un peregrino sin que exista el connubium y de acuerdo a Lex Minicia sería extranjero; esta concepción iba contra el principio general, ya que si la madre era romana sin existir el connubium, el hijo debiese ser romano, pero no era así.

**Sin embargo, cuando un romano o romana contraen nupcias por error con una peregrina o peregrino, en este sentido el o la peregrina obtienen la ciudadanía, y así los hijos habidos de esa relación estarán sometidos a la autoridad de la potestad paterna-
erroris causa probatio-.**

EFFECTOS DEL MATRIMONIO

Uno de los efectos del matrimonio con respecto a la mujer, es que va a gozar de los privilegios del hombre, es decir de su condición social. La condición de plebeya y de manumitida no se borran con el matrimonio aún cuando fueran permitidas con los patricios o con un ingenuo. Con el matrimonio no se permite entrar a la mujer a la familia civil del esposo sólo se autoriza a través de la manus.

Los esposos deben guardarse fidelidad, sin embargo existen diferencias entre hombre y mujer, ya que si ésta no la guarda será castigada más severamente; por introducir a la familia hijos con sangre extraña, en tiempos de Constantino se le castigó con la muerte.

Con respecto a los hijos eran legítimos los que nacían del exjutiis nuptilis. Si el padre era alieni juris, los hijos por lo tanto estaban bajo su poder o de la autoridad del abuelo paterno formando parte de la familia civil, recibiendo el nombre y condición social del padre a título de agnados. En cambio con la madre solo tenían una relación natural de cognados en el primer grado. Pero tenemos que la manus podía modificar esta relación convirtiéndola in manu en el segundo grado.

La filiación legítima era un hecho incierto para el padre, para la madre era un hecho fácil de deducir; cuando el hijo nacía fuera del matrimonio o cuando el padre por enfermedad no cohabitaba con la mujer, la presunción para el padre no era obligatoria, por lo que el derecho romano impuso que el embarazo más largo es aquel que correspondiese de 300 días y el más corto de 180 días, y si el hijo nace en 181 será justus.

Cuando el matrimonio no reúne esos requisitos será considerado nulo, y se le impondrá sanciones severas. Si los hijos nacieran sui iuris, ya que son nacidos por un accidente natural la relación que tienen con el padre es incierta y se le conoce como spurius o vulgo conceptus y con la madre los une la figura de la cognación, así como con los parientes paternos.

Durante el siglo III a.c. el matrimonio se impedía hasta el sexto grado por consaguinidad y afinidad aquellos que lo cometiesen eran castigados. "En línea recta hasta el infinito y en la colateral se limite a los hermanos, tío-sobrino y tía-sobrino. En la línea colateral cesa el impedimento al cesar la adopción. En el período post clásico se prohíbe también el matrimonio entre cuñado y cuñada".(46)

(46) OB. CIT. SANTA CRUZ TELJEIRO, José. Página 29.

Respecto a las incapacidades no todas tienen los mismos efectos. Teniendo así que cuando se dá una unión entre libres y esclavos o una unión incestuosa son inexistentes para el derecho romano. El matrimonio iniustum es cuando no se tiene el connubium, viene a hacer un impedimento para que no se perfeccione un segundo matrimonio.

En los tiempos de Augusto, se asienta una honda de preocupación para reivindicar las costumbres del matrimonio perfeccionándose todos aquellos que fuesen posibles, y así salvaguardar la pureza que debe de existir en el matrimonio y provocar con la unión de un hombre y una mujer el incremento de la población. Por lo que se publicó la Lex Julia de Maritandis Ordinibus en el año 18 a.c. y en el año 9 después de JC. la Lex Julia Papia Poppea. Con la lex julia de maritandis ordinibus se obliga a todo hombre que comprendiera entre los 25 y 60 años y la mujer de 20 a 50 años de edad a contraer nupcias. Y con la Lex Julia Pappia Poppea, determina tener hijos legítimos premiando a la ingenua y a la libertad que tuviesen de tres y cuatro hijos respectivamente liberándose así a las mujeres de la tutela perpetua.

Con respecto a la mujer casada a través del cum manu todas sus adquisiciones que obtenga o realice durante el matrimonio, así

como el de las hijas o nietas va a acumularse al patrimonio del pater de la domus. En cuanto a las obligaciones contractuales que llegara a tener la mujer o las hijas serán asumidas por el esposo. También se les impedía tener deudas de carácter civil, siendo así la mujer no estaba facultada para obligarse en un negocio jurídico civil sin la autoridad del pater. En caso de haber contraído deudas antes de consumar el matrimonio cum manu éstas quedarán definitivamente nulas por el sólo hecho de haberse perfeccionado y de acuerdo a los efectos derivados de la capitis deminutio. Si el marido desiste en cubrir las deudas de su mujer obtenidas antes de la unión conyugal, el pretor ordenará un concurso de sus bienes que están en poder del marido para todos sus acreedores habidos.

Referente a los matrimonios libres, es decir al matrimonio sine manu, es totalmente contrario al cum manu, ya que en el sine manu la mujer goza de privilegios al seguir perteneciendo a su familia de origen teniendo la facultad de conservar íntegramente su patrimonio. El padre de origen será responsable de las deudas de la hija pudiendo ser demandado por la -acciones adietitiae qulitatis y con la acción noxal cuando la mujer que ya contrajo nupcias sigue siendo una filia familias liberándose el marido de cualquier responsabilidad por la deudas contraídas por su mujer. Si la mujer casada es una sui iuris conserva esta característica aún después de consumado el matrimonio y tiene el derecho de ser

dueña de su patrimonio, sin que se mezclen con los bienes de su cónyuge, serán administrados por el marido cuando la mujer se lo autorice en forma expresa y por medio del mandatam. En el matrimonio sine manu no opera la sucesión hasta que sea concedida por el pretor en el caso de la época imperial se le otorga a la viuda pobre el derecho a la sucesión.

Los matrimonios libres se caracterizan por determinados principios jurídicos, siendo los siguientes:

"1. El marido esta obligado a alimentar a su mujer y a subvenir a los gastos domésticos.

2. Las donaciones entre los cónyuges, cuando se hagan para el caso de disolución del matrimonio, son inválidas y pueden ser revocadas en todo momento. No obstante si el que hizo la donación muriera antes o al mismo tiempo que el donatario sin haberla revocado, la donación se convalida.

3. Respecto a las adquisiciones de la mujer, rige la llamada proe sumtio muciana, según la cual, todo incremento operado en el patrimonio de la mujer, cuya proveniencia no pudiera probarse - non demonstratur

unde habeat-, se presume proveniente de donación del marido o del pater familias de éste, lo cual es verius et honestius: y

4. Las acciones de hurto no son ejercitables entre los cónyuges hurta cosas pertenecientes al otro, éste tendrá contra áquel la actio rerum amotarum para obtener la reparación del perjuicio sufrido - acción reipersecutoria- "(47).

El matrimonio requiere para su realización un total aspecto económico; se hizo costumbre que la mujer aportase determinados bienes para alivianar las cargas del mismo. Esta aportación se le conoce como dote. La dote viene a representar la válidez del matrimonio, en un principio el padre sólo consideraba la dote como una obligación moral con el transcurso del tiempo, esta obligación moral se fue tornando en una obligación jurídica, llegando a ver la figura de la dote como la extraordinaria cognitio. No había una cantidad expresa para la dote era proporcional de acuerdo a las posibilidades del padre donante y a la honorabilidad del marido y de la hija - modus ex facultatibus et dignitate milieris maritique. En el caso de que la hija tuviese patrimonio, el padre quedaba liberado de otorgar dote alguna.

(47) OB. CIT. SANTA CRUZ TELJEIRO, José. Página 37.

La dote es profecticia y adventicia, de acuerdo a la persona que la dá. La dote profecticia "es aquella en que la dote que a padre vel parente profecta est de bonis vel facto eius, es decir la constituída por el ascendiente paterno varón".(48) Es una dote constituída de acuerdo a la sangre no por la relación de potestad o agnaticia como la constituída a la hija emancipada por el padre. La dote adventicia es la integrada por otra persona cualquiera. Los bienes de la dote entran al patrimonio del marido.

Existen dos formas para constituir la dote, siendo la datio dotis y dictio dotis. En la primera se entiende cuando la dote ingresa al caudal patrimonial del marido. La segunda forma es cuando se promete la entrega de la dote. El marido que haya retenido la dote estando divorciado de su mujer y éstos lleguen a la reconciliación se considerará tácita la reconstitución de la dote.

En un principio estando la dote en poder del marido éste podía utilizarla de la mejor manera que creyése conveniente sin la obligación de restituirla. Afortunadamente, siendo la ley romana más justa se le prohibe al marido con la Lex Julia de Adulteriis, enajenar la dote sin la aprobación de la mujer. Posteriormente se pensó que podía convencer a la mujer para que le diera su autorización de gravarla, se prohibió la gravación de la misma aún

(48) OB. CIT. SANTA CRUZ TEIJEIRO, José. Páginas 40 y 41.

con el consentimiento de la esposa. Ya en la época clásica y posclásica el hombre estaba constreñido a ser un bonus pater familias.

De acuerdo a determinadas circunstancias se le concede a la mujer la restitución de su dote, a fin de que pudiera: "alimentarse conjunto con los suyos, comprar un fundo conveniente, socorrer a su o para su padre desterrado o regalado en una Isla.(49) A excepción de lo anterior la mujer no tenía derecho a pedir la restitución de su dote en bien de ella o de su familia, ni podía intervenir en su administración, sólo se responsabilizaba al esposo cuando se diera la restitución. En los tiempos de Justiniano se permite al curador a sus familiares a exigir al marido a dar los alimentos necesarios de acuerdo a la dote si llegase a sufrir la mujer de locura.

Como todo en un principio se regía por la desigualdad y arbitrariedad, la dote también sufría de esas características, ya que quedaba en poder del marido una vez disuelto el matrimonio, sin importar que éste haya sido cum manu o sine manu, si era sui iuris o alieni iuris. En el matrimonio cum manu se fue atenuando porque si el marido moría sería intestado pero si la mujer tenía la

(49) OB. CIT. SANTA CRUZ TEIJEIRO, José. Páginas 40 y 41.

condición de herederos suya lo heredaba. En cambio en el matrimonio sine manu, la mujer al no pertenecer a la familia marital no podía heredar al marido.

Pero así como transcurría el tiempo se hacía más imperativo la igualdad de la mujer con el hombre, y todo lo que proviniese de la mujer debiese ser devuelto a ella una vez que el matrimonio quedaba disuelto.

El cónyuge tenía el deber de dejar un legado a su mujer cuando falleciera, no porque le perteneciere el legado sino obedecía a la dote de ella. Por otra parte, cuando se disolvía por repudio del cónyuge, éste debía de restituírle toda su dote, si ella hubiese cometido una causa menor por lo que obedecía el repudio, el marido se quedaba con una parte pequeña de la dote, todo lo contrario si la culpa era grave. La cantidad que se iba a restituír estaba sujeta al criterio del marido como un juez doméstico. En el caso de que ella se divorciase no tenía derecho a ninguna parte de la dote. Estas formas de restituír la dote eran meramente costumbre fue hasta después que se sintió la necesidad de darles fuerza jurídica por lo que fueron estipuladas como -dos recepticia-. Cualquier persona que constituyera la dote tenía el derecho de estipular su restitución. Sin embargo, no siempre quien la

constituía estipulaba su restitución para estos casos se creó a principios del siglo VII de Roma la acción -rei uxoriae- restituyéndose de la manera más justa y equitativa.

Principios que regulan la actio rei uxoriae:

"1. Disolución del matrimonio por muerte de la mujer.

2. Disolución del matrimonio viviendo la mujer. La dote es restituída a la mujer en todo caso, si es sui iuris le es restrituída totalmente; si es alieni iuris le es restituída conjuntamente con su padre tanto si la dote es adventicia como si es profecticia. La actio rei uxoriae era ejercitada por el padre con el consentimiento de la hija, dicho consentimiento se entendía al no oponerse la hija.

3. La dote no es siempre restituída toda inmediatamente. De acuerdo a lo expresado por la Lex Julia et Papia Poppea, las cosas fungibles eran devueltas dentro del año siguiente a la disolución del matrimonio cuando: a) el marido por causa grave tuviese la culpa de la disolución, se entregará inmediatamente. b) y dentro de los seis meses si fuese leve. Siendo cosas no fungibles inmediatamente restituyendo al mismo tiempo una

cantidad igual por los frutos de la dote durante dos años por causa grave del marido y por leve un año y medio.

**4. Disolución del matrimonio por muerte del marido".
(50)**

Ya estando bajo la legislación de Justiniano la dote se caracterizaba por otros principios, siendo los expuestos:

"a) La dote es restituida siempre por el marido o sus herederos.

b) Se restituía a la mujer si el matrimonio se disuelve viviendo esta y siendo sui iuris; a la mujer conjuntamente con su padre si es alieni iuris. En este supuesto, si la hija contrajere nuevo matrimonio el padre está obligado a constituirle nueva dote de igual cuantía, a no ser que en el entre tiempo la sustancia paterna hubiera disminuido notablemente, pues habrá de constituirle una dote proporcional a sus posibilidades.

c) Si el matrimonio se disuelve por muerte de la hija a

(50) OB. CIT. SANTA CRUZ TEIJERIO, José. Páginas 43, 44, 45 y 46.

sus herederos les corresponde la dote adventicia y probablemente la profecticia. Si viviera quien hubiera constituido ésta, la dote era restituida al constituyente.

d) La actio rei uxoriae es abolida. La restitución de la dote se exige ahora mediante la actio extipulatu, haya o no habido estipulació restitutora. Esta nueva acción se rige, sin embargo por los principios propios de la actio rei uxoriae en cuanto estos resulten más favorables a la mujer.

e) El marido goza del beneficium competentioe siempre que no se hubiera conducido dolosamente en la administración de la dote.

f) El edictum de alterutro es abolido.

g) Se suprimen las antiguas retenciones, las pecuniarias se transforman en contra créditos del marido que éste opone en compensación al ejercitarse la acción de restitución de la dote. En el caso de donaciones hechas por el marido puede ejercitar la reivindicatio o la condictio; en el caso de cosas sustituidas por la mujer, el marido puede ejercitar la actio rerum amatorum. En

orden a los gastos, el principio de que los necesarios disminuyen la dote, se aplica únicamente al caso en que la dote consista en dinero o haya sido estimada venditionis causa. En tales supuestos sólo el saldo es dotal en otro caso el marido tiene un derecho de retención hasta obtener satisfacción de los gastos útiles, el marido puede ejercitar la actio mandati contraria si lo hizo por mandato. O la actio negotiorum gestorum y estorum cuando no hubiera mandato. Respecto a los gastos de simple ornato el marido tiene únicamente derecho a llevarse las mejores de esta especie si el acreedor no prefiere pagarlos. La rentio propter liberos es suprimida y lo mismo ocurrió con la propter mores. Si la mujer era culpable del divorcio, tanto si era ella quien lo pedía como si era el marido quien la repudiaba, perdía todo derecho a la restitución de la dote.

h) Los inmuebles dotales se restituyen inmediatamente; las demás cosas dentro del año siguiente a la disolución del matrimonio.

i) Los frutos de los bienes dotales percibidos durante el penúltimo año del matrimonio se distribuyen entre el deudor y acreedor de la dote en proporción de la

duración del matrimonio en aquel año.

j) La mujer continúa gozando del privilegium exigendi.

k) Se asegura a la mujer la restitución de la dote concediéndole una hipoteca legal privilegiada sobre todos los bienes del marido". (51)

Fuera de lo estipulado la mujer y el hombre podían pactar la restitución de la dote siempre y cuando no se hiciera contra la naturaleza jurídica de la dote y en perjuicio de la mujer.

Concluimos referente a los bienes que desde sus orígenes la mujer representó una conveniencia económica, a través de la coemptio, pero al paso del tiempo se determinó que la mujer no era dinero ni mucho menos un instrumento de beneficio para el hombre. El hombre y la mujer unidos en matrimonio deben de aportar, a efecto de cooperar con la vida conyugal, así la figura de la coemptio fue desapareciendo hasta convertirse en un hecho pasado o en una ventaja imaginaria.

La mujer sui iuris, al ser comprada debía de llevar consigo un

(51) OB. CIT. SANTA CRUZ TEIJERIO, José. Páginas 43, 44, 45 y 46.

patrimonio en beneficio de la familia que la adquiría, bajo la conventio in manum, cuando el esposo o el padre de éste tomaba la decisión de ejercer todas las relaciones jurídicas que la mujer ejercía y que fueran transferibles, si ésta así lo deseaba podían incluir todos los bienes en la dote. Por lo que respecta a la mujer alieni iuris y por la conventio in manum, perdía todo el derecho para que su familia de origen la heredará, sólo recibía una pequeña cantidad como símbolo de recompensa por lo perdido y como aportación para su nueva vida conyugal.

El patrimonio que era entregado por el pater familias de origen tanto de la mujer sui iuris como alieni iuris en el acto de la coemptio, al que iba ejercer la manus, recibió el nombre de dote -dos-. Sin embargo hay que señalar que dicha figura surgió en el matrimonio cum manu posteriormente se hizo sentir en el sine manu, a efecto de sobrellevar, aliviar las cargas y problemas de la affectio maritalis -adonera matrimonii ferenda-; al igual que en la coemptio la mujer quedaba desheredada de los bienes del pater familias de origen, repartidos a los demás descendientes hijos.

Para nuestra antigua Roma la dote no era considerada como negocio jurídico, sino como económico; la dictio dotis, era el más conocido, siendo una declaración unilateral solemne por parte de

la mujer, su ascendiente o un deudor de ella que entregaran el patrimonio al marido o su padre antes de las nupcias.

En el derecho Justiniano la dote se podía constituir antes de las nupcias o durante la vida conyugal.

En el matrimonio sine manu la mujer tiene la propiedad de sus bienes y no constituyen dote propiamente por ser mujer sui iuris, entran al matrimonio como aportación siendo el marido el depositario, debiendo hacer una relación de los bienes para que en caso de disolución se restituyan en su totalidad, en Roma esta aportación de la mujer se llamó peculium.

La Ley Romana pensó que al celebrarse un segundo matrimonio podía ir en contra del primero, por lo que se determinó que todos los bienes habidos durante el lapso que dure el primero iban a ser para los hijos. Tanto Teodosio como Justiniano expedieron leyes en favor de los hijos del primer matrimonio para que no quedaran desprotegidos por la muerte y celebración de un segundo.

La mujer no podía constituir dote o hacer testamento en una tercera parte de su patrimonio en favor de su segundo matrimonio.

DISOLUCION DEL MATRIMONIO

En la primitiva Roma, el divorcio no era regulado siendo el matrimonio indisoluble por ser considerado con respeto y en forma santa. Aceptando la iglesia su disolubilidad hasta el siglo IV, así como la separación del hogar.

La disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los esposos, era la única causa aceptada por los principios religiosos y por las ideas y costumbres de una civilización romana.

El matrimonio cum manu quedaba disuelto con la capitis diminutio mínima, perdiendo el estatus familiar obedecido a que la manus estaba presente. Esta capitis diminutio mínima desapareció con la presencia del matrimonio sine manu a efecto de la no relación agnaticia entre los esposos. Cuando uno de ellos se aleje del hogar provoca la extinción de la manus más no del matrimonio.

Los romanos concebían al matrimonio como solemnidad, su celebración era a través de una ceremonia llamada confarreatio, lógicamente se disolvía de la misma forma, es decir por medio de la ceremonia difarreatio, la cual consistía en la voluntad del hombre y de la mujer para separarse, ofreciendo los esposos una torta de

harina ante el hogar común, pero en vez de compartirla, la rechazaban sustituyendo las oraciones por palabras severas rencorosas como si fuera una maldición, de esta forma se renuncia al culto y a los dioses del marido desapareciendo los efectos del matrimonio dejando de ser marido y mujer. Esta clase de divorcio que existió en Roma concluyó con el Imperio en la época de las costumbres licenciosas.

Por lo que respecta a la *coemptio* y *usus* se disolvían con el negocio jurídico de la *remancipatio*, es decir se configuraba su venta como esclava y quedaban bajo la manumisión realizada por el comprador. El esposo con un acto propio personal y unilateral disolvía el matrimonio con un despido o repudio, las mujeres no tenían ninguna facultad para impedir la disolución de la unión conyugal ni mucho menos para solicitar el divorcio.

Los cónyuges que deseaban disolver su unión en vida estando unidos en matrimonio libre, sólo podían hacerlo cuando se daba por concluido en uno o en ambos la *affectio maritalis*. Sin importar la convivencia, ayuda, comprensión que dieran los esposos en una etapa de su vida, con el divorcio se dirige al hombre como la mujer a caminos diferentes, sin embargo, no se liberan de la potestad que ejerce el tutor principalmente sobre la mujer, este dominio desaparece en la época posclásica, aún siendo mujer *alieni iuris*,

predominando su voluntad. En la época de la República bastaba con la declaración de uno de ellos para terminar la existencia del matrimonio pero esta circunstancia provocaba que se contrajera nupcias todas las veces que se quisiera y en el tiempo que lo desearan provocando conductas inmorales perdiéndose el principio de monogamia que imperaba en Roma cayendo en la poligamia, ya que si se celebra un segundo matrimonio cesaba la affectio del primero tácitamente. En este tipo de matrimonio sine manu tanto el hombre como la mujer tenían iguales derechos para el divorcio.

Cuando se disolvía el matrimonio sin que haya existido causa alguna se castigaba al repudiante con normas religiosas como era el entregar parte de sus bienes a Ceres. Sin embargo, como en todo tiempo se presentó una decadencia moral unos siglos antes de la venida de Jesucristo, donde el divorcio se hizo costumbre sin importar la concepción de la unión conyugal, afortunadamente los emperadores cristianos vieron el peligro que corría el matrimonio señalando que sólo se permitiría por causas totalmente justificadas, cuando no existiesen operándose el divorcio sería el hombre censurado con la incapacidad para contraer un segundo y con la deportación de la mujer, con "Justiniano se eliminaron los

efectos jurídicos de la deportación".(52)

La práctica de divorcio aumentó considerablemente obedeciendo por la degeneración de las buenas costumbres. Teniendo una regulación definitiva en las Novelas 22, año 535 y 117, año 542, las disposiciones jurídicas del divorcio no implica para todos los mismos alcances, toda vez que para unos fué favorable para otros fué la aplicación de penas severas, existiendo dos formas de divorcio que favorecieran aquellos que los practicaban siendo las siguientes:

"BONA GRATIA.-Que es el divorcio dispuesto por razones que no son moralmente imputables a ninguno de los cónyuges, pero que hacen imposible la consecución de los fines normales del matrimonio; tal es el voto de castidad, la impotencia (puesta de manifiesto por la falta de unión sexual dentro de los tres años del matrimonio) y la presentación de muerte que resulte de la circunstancia de no haberse tenido noticias por cinco años del prisionero o desaparecido en guerra".(53)

(52) SAINZ GOMEZ S, José María.-DERECHO ROMANO I, Editorial Limusa, S.A. de C.V., México, Distrito Federal, 1981. Primera reimpresión, 1991. Página 204.

(53) OB. CIT. ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Página 507.

"Y por la pérdida de la libertad originada por caer en cautiverio, al regresar el cónyuge prisionero podrá unirse nuevamente en el matrimonio, pero nunca continuar con el antiguo matrimonio. El derecho Justiniano prohibió al cónyuge libre contraer nuevas nupcias hasta tanto hayan transcurrido cinco años desde el tiempo de la cautividad y siempre y cuando no se tengan noticias del cautivo".(54)

EXIUSTA CAUSA, era verdaderamente justificado con la lex julia de adulteriis en forma de repudio el adulterio de la mujer o por causa de su esterilidad. El hombre con el derecho al repudio podía conseguir con su sola voluntad la disolución del vínculo conyugal sin que intervenga para tal efecto un magistrado o un sacerdote. En caso de que el hombre fuese el esteril el matrimonio no se disolvía, se hace entrega a la mujer al hermano o pariente del marido para suplirlo.

Considerando al hijo nacido de esa unión como hijo del esposo pretendiendo con ésto que el culto siguiera. Asimismo, se entregaba a la mujer por impotencia o muerte. Existía un último recurso para no extinguir a la familia, que era el derecho a la

(54) OB. CIT. SAINZ GOMEZ S., José María.-Página 203.

adopción para seguir celebrando sacrificios, comidas fúnebres; un hijo aunque fuese adoptado representaba la vida de la religión.

Para realizar la adopción era necesario que no tuviese familia, y por lo tanto religión, en caso contrario se tendría que practicar la emancipación para poder entrar a la nueva relación, acto conocido por los romanos como -sacrorum detestatio-.

Otras causas que los magistrados romanos señalaron para permitir el divorcio el "atrevimiento de la mujer al beber vino, el repudio de la mujer al hombre por reo de homicidio, de envenenamiento y de violación de sepulcros o por ejercer artes mágicas. Respecto al hombre: el haber atentado contra la seguridad del régimen o silenciado maquinaciones que contra él mismo conociera, haber acusado a la mujer de adulterio sin probarlo, el haber intentado prostituir a su mujer, mantener relación sexual con mujer casada, tener una concubina en su propia casa. Valentino III y Teodosio II mitigan las penas impuestas a los divorciados injustificados reduciendo a la mujer a la pérdida temporal de su capacidad y a la del marido a la pérdida de lucros nupciales. Justiniano castigó al cónyuge que promoviese el divorcio injustificadamente con su reclusión en un monasterio y el de mutuo acuerdo".(55)

(55) OB. CIT. ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Página 507.

La Ley Iulia de Adulteriis prohibió el matrimonio entre el cónyuge adúltero y el cómplice del adulterio. La Ley Iulia Pappia poppaea anulaba las segundas nupcias de liberta con patrono y del cualse hubiese divorciado. A los senadores y sus descendientes se les prohibía la unión en matrimonio con libertinas. Asimismo, quedaba restringido a los ingenuos con prostitutas, alcahuetas o mujeres sorprendidas en adulterio. Bajo Marco Aurelio y Comodo prohibieron el matrimonio entre la pupila y el tutor que no haya presentado la rendición de cuentas. En tiempos de Justiniano se prohibió entre raptor y raptada.

La Ley Iulia Papia Poppeae, determinó que las segundas nupcias fueran obligatorias dando tan sólo un tiempo para efectuarlas, ninguna mujer podía contraerlas sin haber pasado diez meses, más que nada con la finalidad de establecer una paternidad legítima si la mujer había quedado en cinta. Quien se atrevía a contravenir la disposición era castigada con la infamia.

En el derecho posclásico, la mujer divorciada deseosa de contraer segundas nupcias se le impone la obligación de dejar pasar un año a efecto de consumarlo, su inobservancia se castigaba aparte de la infamia con la incapacidad para que no heredara y donara "así también con la de recibir sucesiones intestadas de parientes más

allá del tercer grado; se castiga también al segundo mando prohibiendo que la mujer le lleve en dote o le deje por testamento más de un tercio de los bienes".(56)

En estos tiempos a pesar de que el segundo matrimonio se regulaba era mal visto y de poca moral. Posteriormente se regula con Teodosio I hasta con Justiniano los medios necesarios para que éstos no sufran alteraciones en consecuencia del primero contraído.

Sin embargo, ni las penas jurídicas ni canónicas sirvieron durante siglos para frenar la voluntad de los cónyuges, cayendo en divorcios constantemente.

(56) OB. CIT. ARANGIO RUIZ, Vincenzo. pág. 507

UNIONES ILICITAS

El concubinato fue una unión ilícita, siempre y cuando fuese pasajera por lo que originó una serie de prohibiciones, fue hasta el período con Augusto que se le dió esa denominación, entendiéndose ya como "la unión permanente de personas de distinto sexo, sin considerarse marido y mujer".(57)

El concubinato en un principio se consideró como una unión ilícita, toda vez que los que se unían eran pasajeros y no duraba medio tiempo juntos pero fue hasta la época de Augusto en que se le consideró lícita siempre y cuando dicha unión no fuese pasajera, es decir permanente.

La figura del concubinato fue muy mal vista en el Imperio Romano obedecido a las restricciones que encerraba la norma jurídica romana del matrimonio.

Practicaban con gran frecuencia el concubinato senadores y libertinas, ciudadanos con prostitutas, gobernadores con mujeres de la misma provincia, ya que les era prohibido unirse en matrimonio.

(57) OB. CIT. ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Página 519

Estas uniones a pesar de que eran prohibidas no eran ilícitas, pero no contemplan los derechos y obligaciones que surgen del matrimonio, es decir no tienen efecto alguno.

Sólo se permitía una concubina siempre y cuando no se hubiese casado anteriormente.

En el período postclásico con Justiniano, el concubinato toma una vertice diferente al que venía contemplando, se considera justo legitimarlo más que nada con la finalidad de proteger a la prole señalando que los hijos habidos de concubina son diferentes de los vulgo conceptii, por lo tanto los liberi naturales tienen derecho a la legitimación y aunque no lo estén tienen derecho sucesario pero restringido. Si la mujer es honesta se unirá en concubinato con determinadas solemnidades quedando vedado para la liberta abandonar a su patrono.

El contubernio "es una unión entre esclavos o entre amo y esclavo, siendo sus hijos considerados también como liberi naturales".(58) Esta figura no tiene ningún carácter de derecho civil.

(58) OB. CIT. ARANGIO RUIZ, Vincenzo. Página 520.

Los dueños toleraban estas uniones favoreciéndolas al hacerlas verdaderas familias de que no permitiese su desunión por enajenación o por herencia.

Los hijos por ser liberi naturales seguían la misma condición de la madre por lo que no había ningún grado de parentesco ni el del natural, al obtener la libertad tenían como impedimento casarse entre ellos. Esto era motivado ya que se consideraba este tipo de unión contrario a las buenas costumbres y a la moral.

**EL MATRIMONIO EN EL SISTEMA
JURIDICO MEXICANO
Y SUS ANTECEDENTES**

FUERO JUZGO

En la decadencia de Roma y después de la muerte del Emperador Teodosio los godos siguieron avanzando por Macedonia, Grecia hasta lograr el asentamiento de Atenas y Esparta. Más tarde por el año 270 el Emperador Aureliano les dió facilidades para abarcar más límites, lo que hoy en día es "Rumania, Transilvania, el Theiss y el Danubio" (59) Con la extensión de tierras que habían obtenido los visigodos logran un contacto más cercano con la cobertura griega y romana.

Sin embargo, la ambición de poder y sangre de los visigodos era cada vez más, al mando de Alarico recorrieron Francia hasta llegar al sur de la ciudad con la finalidad de tomar y saquear a Roma. Su afán no paró ahí sino posteriormente se apoderaron de España, estableciéndose en este último lugar en el año de 429.

España al ser invadida por los godos, cambia radicalmente las relaciones sociales y políticas de sus habitantes, desterrando el antiguo poder absorbente del Estado y las diferencias raciales, pero las que derivan de las primitivas ventajas económicas y

(59) ESQUIVEL OBREGON, T.-Apuntes para la Historia del Derecho en México, Tomo I. Editorial Porrúa, México, Distrito Federal, 1984. Segunda Edición. Página 73.

políticas no lograron desaparecerlas. Basada su legislación, en ese entonces, en el Código de Eurico o de Tolosa.

Con el reinado del alarico II, se publicaron una de las leyes más importantes que regirían las contiendas de los romanos, conocida con el nombre de Ley Romana Wisigothorum o Breviario de Alarico compuesto en su mayor parte de disposiciones del Código Teodosiano. La Ley Romana Wisigothorum se difundió en Europa aplicándose en los juicios y sirviendo como texto en las escuelas. Asimismo durante el reinado de Alárico se suscitó la invasión de la Península por los bizantinos ocasionando que se diera por terminada la división que había en el pueblo a causa de que unos eran arianos y otros católicos. Principalmente se le debe a Recaredo, ya que al convertirse del arianismo al catolicismo, fue quien introdujo la religión católica a toda la península Ibérica, desde entonces la influencia del clero en la vida política y en las disposiciones jurídicas del reino fueron determinantes.

Debemos decir, que el Código de Eurico es una Ley visigoda, que algunas de sus adiciones o modificaciones fueron hechas principalmente por "Leovigildo, Recaredo, Chindasvisto y más

tarde por Recesvinto".(60) Este código no se conoce por sí mismo, sino por lo que se citó de él en el liber judiciorum.

"Una ley de Recesvinto permite la unificación con el matrimonio entre godos e hispanos. Otra ley del mismo monarca mando que todos los habitantes del reino se rigieran por el Codex Wisigothorum o Liber Judicum".(61)

Al desaparecer leyes con carácter personal se afianzaba el poder de los visigodos; unificándose una raza rígida por una sólo ley territorial conocida como un derecho hispano -godo basado en la fuente romana, la bárbara y la canónica, pero perdonando la fuente romana ya cristianizada.

Debemos de hacer notar que las leyes visigodas no eran escritas, sino eran formadas por costumbres y transmitidas por tradición. Sin embargo, con la influencia de los romanos desde que ocuparon la orilla izquierda del Danubio y al adueñarse del territorio español se produjo un cambio en su vida política al sentir la

(60) CERVANTES, Javier de. La Tradición Jurídica de Occidente. Editorial Imprenta Universitaria. México, Distrito Federal, 1978. Primera Edición. Página 89.

(61) OB. CIT. ESQUIVEL OBREGON, T. Página 75.

necesidad imperiosa y al ver las ventajas que representaba tener un derecho escrito; siendo el primero que otorgó a su pueblo una ley escrita el Rey Eurico, aproximadamente por el año de 466, 484, éstos antecedentes de leyes escritas fueron encontradas en varias partes por los monjes maurianos de San Germán de los Prados, siendo reconstruídas, como ya se señaló a través de Liber Judiciorum. Este Código estuvo vigente en España y Francia, siendo sólo aplicable a los Romanos cuando éstos se encontraban en pleito con los visigodos.

Del Codex Wisigothrum o Liber Judiciorum, se desprenden tres ediciones: "La de Recesvinto, que incluye leyes emanadas de los concilios y diversos reyes; la segunda edición es del tiempo del Rey Ervigio, data de 681 y contiene leyes hasta de ese monarca; y la tercera edición, conocida como vulgata incluye leyes de Egica y se conoce con el nombre de Fuero Juzgo".(62)

El Fuero Juzgo se cristalizó por el año de 654 y 694, traducido durante el reinado de Fernando III y Alfonso X al idioma castellano. Tuvo su inicio en los concilios de toledo, aunque éstos eran en un principio asambleas eclesiásticas, después de la convención de los visigodos que habían permanecido en la herejía.

(62) OB. CIT. ESQUIVEL, Obregón T. Página 78.

Al catolicismo por Recaredo, se trataba también asuntos de carácter civil. En su promulgación intervinieron los "Miembros de aula regia, especie de consejo real, asesor del soberano". (63)

El Fuero Juzgo fué conocido con seis nombres primitivos como son "Codes Legum, LiberGothorum, Lex Visigothorum, Liber Judiciorum, Liber Judicum, Forum Judicum o Libro de los Jueces. La denominación de Fuero Juzgo la adquirió a principios del siglo XII, y con el que hoy es generalmente conocido; "sus originales fueron realizados en 1815 por la Real Academia Española".(64)

Es de derecho visigodo "con infiltraciones romanas y cristianas, basado ya en el principio de la territorialidad del derecho".(65)

Con la publicación del Fuero Juzgo desaparece la legislación Española representada en el Código de Alarico ó de tolosa y en el

(63) OB. CIT. CERVANTES, Javier de. pág. 130

(64) Fuero Juzgo. Talleres Gráficos Alguero Baiges. s.r.c. Barcelona, España, 1968. Primera Edición. Página 10.

(65) MARGADANTS, Guillermo Floris P., Panorama de la Historia Universal del Derecho Medieval. Editorial Miguel Angel Porrúa. México, Distrito Federal, 1988. Tercera Edición. Página 146.

Breviario de Aniano ó Leyes de Eurico.

Está compuesto de un título preliminar y 12 libros que contiene 54 títulos, subdivididos en 578 leyes.

"El Libro Primero.- Se titula de instrumentis legalibus -del facedor de la ley et de las leyes- y trata del legislador y de la ley en dos títulos.

Libro Segundo.- Se denomina.- De magotiis causarum -de los juicios y causas - y en cinco títulos prosigue tratando de las leyes proclamando su generalidad para todos los habitantes del territorio - se ocupa de los jueces, de los juicios y testamentos.

Libro Tercero.- Se encabeza de ordine conjugali - es el que se refiere a los casamientos ó de las nascencias, y en sus 6 títulos escribe sobre los delitos contra la castidad.

Libro Cuarto.- De ordine naturali - del linaje natural, es decir el parentesco, herederos y sucesión legítima, de la guarda de huérfanos - dejando 5 títulos a su estudio.

Libro Quinto.- Titulado de transactionibus - de las avenencias ó de las compras - en 7 títulos contiene la materia de contratos.

Libro Sexto.- De sceleribus et tormentis - de los malfechos é de las penas é de los tormentos en 5 títulos - se ocupa de varios delitos, penas y de la aplicación del tormento.

Libro Séptimo.- De furtis et fallaciis de lo furtos é de los egganos - en 6 títulos - trata de varios delitos.

Libro Octavo.-Bajo el epígrafe de inaatis violentiis et damnisde las fuerzas é de los dannos é de los quebramientos - en 5 títulos - continua materia penal - principalmente delitos contra la propiedad.

Libro Noveno.- Se titula de jugitivis et de refugientibus de los siervos foidos é de los que se tornan - y en 3 títulos se ocupa de los fogados del servicio militar.

Libro Décimo.- Se denomina divisionibus et annorum temporibus limitibus - de las participaciones é de los tiempos, é de los annos, é de las lindes - y contiene 3 títulos dedicado a la división de la tierra, a su arrendamiento, prescripción y deslinde.

Libro Décimo Primero.- Se intitula de aegrotis atque mortuis et transmarinis negotia turibus- de los físicos é de los mercaderes de ultramar é de los marineros y bajo 3 títulos trata de los médicos y

enfermos, de los que violan a los cementerios y del comercio marítimo.

Libro Décimo Segundo.- Tiene por epígrafe - de removendis pressuris, et omnium hace reticorum omnimodo sectis existinetis de devedar los tuertos é de rraigas las sectas é sus dichos, y en 4 títulos los códigos romanicados y en 3 los latinos, contiene disposiciones relativas a injurias, herejías, y judíos". (66)

Avocándonos a nuestro tema de estudio sólo analizaremos el libro tercero referente al matrimonio.

Como se señaló, una ley de Recesvinto autorizó el matrimonio entre godos y españoles; a efecto de llevar a cabo la celebración del matrimonio los esposos tenían que dar su consentimiento publicamente, ser bendecidos por el sacerdote y unidos con una cinta blanca y encarnada, la cual representaba el vínculo matrimonial, siendo también unidos por el diácono; los colores de la cinta representaba la pureza y la fecundidad.

(66) SANCHEZ ROMAN, Felipe. Estudios de Derecho Civil, y el Código Civil e Historia General de la Legislación Española. Tomo III, Editorial Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra". Madrid 1900. Segunda Edición, pág. 178 y 179.

El Fuero Juzgo reguló al matrimonio de acuerdo a las disposiciones del derecho canónico, por lo que en España rigió una familia basada en el vínculo de consanguinidad en vez de seguir rigiendo la tradición romana clásica de la familia agnaticiacuyos miembros se hayan vinculados por la potestad del pater familias, es decir el Fuero legisló una familia regida por el padre o por el primogénito o pariente extraño adoptado por ella.

Cuando el hijo mayor no tiene sucesión y la familia está en peligro de extinguirse, contraen matrimonio en la casa paterna uno o más hijos o hijas con los mismos derechos del primero y a éste se le dá el nombre de casamiento sobre bienes, y a ellos de acogidos, en el caso de que éstos carecieran de hijos o de hermanas, reciben y casan sobre sus bienes a sobrinos o primos o a extraños. Los hijos de estos se les denomina colocadus en igual línea en lo que corresponde a educación, mantenimiento y dote.

Se establecen como impedimentos para la celebración de matrimonio:

"Los esponsales con otra persona, el voto simple de castidad, la orden del superior eclesiástico de no proceder al matrimonio, la

prohibición de las leyes civiles, la época de adviento, de cuaresma". (67) Asimismo, el rapto anulaba el matrimonio; en el caso de que uno de los consortes tuviese religión diferente a la católica era motivo para que se impidiera el matrimonio.

Debemos de hacer notar, que la falta de consentimiento del padre para la celebración del matrimonio no era causa para desconocer la validez del vínculo matrimonial, sin embargo era motivo para desheredar a la hija insumisa.

Como ya se señaló los esponsales con otra persona era causa de impedimento para la celebración del matrimonio. Esto obedecía a que los esponsales fue una figura tan importante que se consideró como un matrimonio condicionado. Se llevaba a cabo a través de un contrato celebrado entre el padre y él que aspiraba a la mano de las doncellas, por el cual el esposo adquiría el derecho a que le fuere entregada la esposa. Cuando la esposa se atrevía a violar los esponsales y a no casarse con el hombre que le había destinado el padre, "el liber castigaba a la esposa y al que se había casado con ella, a ser entregados a aquel con quien ella debía de haberse desposado". (68)

(67) OB. CIT. ESQUIVEL OBREGON, T. pág. 183

(68) OB. CIT. ESQUIVEL OBREGON, T. pág. 185

El Fuero Juzgo, dispuso repudio por adulterio cometido por el hombre como por la mujer, toda vez que en una de sus leyes determinó que "si es pecado yacer con la mujer ajena, mayormente es pecado en dejar la suya con que se caso por su grado". (69) Asimismo, era repudiado la tentativa de prostitución por mutuo acuerdo.

Por lo que, el divorcio se legisló por adulterio de la mujer mediante la autorización del obispo, también en el caso de que los dos cónyuges ingresarán a una orden religiosa.

En relación a los hijos, el código en estudio determina que para que éstos se consideren legítimos tenían que haber vivido diez días y ser bautizados. Al Póstumo se le consideró iguales derechos como al legítimo como si hubiere nacido en vida del padre.

El Fuero Juzgo, no señala ninguna disposición que determine la diferencia entre hijos de diferentes condiciones sociales. Asimismo, legisló que la patria potestad sólo se obtenía a través del matrimonio.

(69) PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 1984. Cuarta Edición. pág. 17.

Los godos no conocían la legitimación ni la adopción.

El padre tenía la facultad de corregir al hijo, pero no a desheredarlo, si no existía una causa justificada, ni a ejercer derechos arbitrales porque no eran considerados cosas como sucedía en Roma. Sin embargo existían determinadas excepciones donde los padres podían castigar severamente a los hijos como en el caso de que encontrarán a su hija en acto carnal, en este caso el Fuero Juzgo les daba el derecho de privarla de la vida. Por otra parte, se castigaba con la muerte o con la pérdida de los ojos a los que procuraban el delito del aborto, en el caso de que la madre lo provocara era condenada con la esclavitud. Los hijos no podían venderse, ni aún recién nacido, referente a sus bienes si eran ganados, por él en la milicia o en otra profesión u oficio el padre adquiría la tercera parte, viviendo el hijo en su compañía; si procedían de la madre, el padre obtenía el usufructo hasta que el hijo llegase a los veinte años o bien celebrar nupcias, pero aunque llegasen a estas condiciones el padre seguía teniendo el derecho a quedarse con la tercera parte, pero si los bienes proceden de la dominación real el padre no tiene derecho a gozar de ellos.

El padre deja de ejercer la patria potestad cuando el hijo contrae nupcias o cuando cumple veinte años siempre y cuando no viva con él.

Consideramos que el Fuero Juzgo influido por la Iglesia y por el derecho romano otorga a la esposa derecho para ejercer la patria potestad de los hijos, después del fallecimiento del padre, otorgando así capacidad jurídica a la mujer, ésto obedecía a que la legislación goda no era violenta. En el caso de que la mujer se vuelva a casar o falleciere, la tutela pasará al hijo que tenga la edad de 20 años sobre los menores, pero si ninguno de los hijos tuviese la edad antes señalada, la tutela se dará a los tíos, primos o parientes más próximos hasta el séptimo grado.

Sin embargo, de los estudios realizados a esta ley se ha encontrado "que no existe la más remota identidad entre los derechos del padre y de la madre quedando reducida a una autoridad subsidiaria de la madre",(70) siendo demostrado que la tutela de la madre se pierde con un segundo matrimonio, lo que no sucede con el esposo.

Consideramos, que a través del Fuero Juzgo, la Iglesia vino a modificar los principios de las relaciones de familia, exigiendo que el matrimonio fuera monogámico e indisoluble.

(70) OB. CIT. Sánchez Roman, Felipe. Estudios de Derecho Civil e Historia General de la Legislación Española. pág. 181.

El Código encierra normas con un elevado espíritu de justicia, de igualdad, diferentes a la cultura general de su época. Porque al establecer un derecho natural paternal diferente a los derechos arbitrales; el reconocer la personalidad del hijo y de la mujer; el otorgar subsidiariamente a la madre el ejercicio de la patria potestad, fueron principios beneficiosos en el derecho. Asimismo, fueron los estandartes de las familias de los países progresistas.

Por lo que, se constituyó como la primera Ley Nacional de España, superior a todas las leyes extranjeras de su tiempo. Representando un progreso para el pueblo.

Concluyendo, decimos que el Fuero Juzgo no es una representación pura de los visigodos, sino que intervinieron los principios romanos.

Es la ley más importante, más completa y mejor elaborada de su tiempo en España. Le debemos los datos que se tienen del derecho hispano-godo. Asimismo, se le debe la unificación del derecho. Encierra todo un derecho público y privado, es decir que rige las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado. No es una ley que organice el Estado y las competencias entre funcionarios públicos.

**Contiene una exposición de motivos que permite su interpretación,
dejando ver su espíritu.**

LAS SIETE PARTIDAS

Alfonso X, apodado el Sabio, redactó el Código de las Siete Partidas, se cree que fueron elaboradas entre 1246 y 1263, en Sevilla, ya que era el lugar donde usualmente habitaba.

Se dice que en su elaboración intervinieron "Ferrán Mateos, Rodrigo Esteban, quienes eran alcaldes mayores de Sevilla; Gonzálo Ibáñez, alcalde de Toledo" (71); así como "el maestro Jacobo Ruíz, Fernando Martínez y el maestro Roldán". (72)

Con el nombre de las Siete Partidas no solamente se le conoció, sino también se distinguió como libro o fuero de las Leyes.

Las Siete Partidas se inspiraron en las leyes naturales y en el derecho de gentes; entendiéndose como derecho natural el que la "naturaleza enseñó a todos los animales. De aquí dimana la unión del macho y de la hembra; de aquí la procreación y la creación de

(71) SANCHEZ ROMAN, Felipe. Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de la Legislación Española. pág. 292.

(72) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General, Personas-Familia. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 1980. Cuarta Edición, página 108.

los hijos. Los animales también conocen y ejercitan este derecho"(73) y por derecho de gentes" el que la razón natural estableció entre todos los hombres".(74)

Asimismo, se basaron en el uso, la costumbre y el fuero. Entendiendo como uso: El hábito social, la práctica; como costumbre el uso elevado a norma jurídica.

Por lo que, las fuentes de las partidas son el derecho "divino natural, el derecho canónico tomado de los decretales de Gregorio IX y del Decreto de Graciano; el Derecho Civil Romano Justiniano; los fueros municipales de más importancia, y los nobiliarios; los juicios y opiniones de los sabios". (75)

Rigiendo tan sólo en las siete partidas aspectos civiles y criminales.

(73) PELAYO MARCOS, Francisco. El Derecho Judicial en las Partidas. Editorial Reus. Madrid 1930. Primera Edición. Página 18.

(74) OB. CIT. PELAYO MARCOS, Francisco. El Derecho Judicial en las Partidas. Página 20.

(75) SANCHEZ ROMAN, Felipe. Estudios de Derecho Civil y El Código Civil e Historia General de la Legislación Española. pág. 302.

Esta dividida en siete partes o libros subdivididos en 182 títulos y éstos en 2479 leyes; tratándo la:

- "Primera: Del derecho natural y del derecho eclesiástico;**
- Segunda: Se refiere al derecho del rey, de los funcionarios públicos y de sus atribuciones;**
- Tercera: Comprende lo de los jueces y del procedimiento judicial;**
- Cuarta: Se dedica al derecho civil en lo que toca al derecho de familia;**
- Quinta: Derecho civil - obligaciones y contratos;**
- Sexta: Derecho civil - sucesión - guarda de huérfanos, - tutela, curatela; y,**
- Séptima: Derecho penal" (76)**

(76) CERVANTES, Javier De. La Tradición Jurídica de Occidente. Editorial Imprenta Universitaria. México, Distrito Federal, 1978. Primera Edición. Página 140.

Sin embargo, esta ley no fue aplicada durante el reinado de Alfonso X, su observación se llevó hasta el año de 1348, como derecho supletorio con Alfonso XI, se debió a que no existía disposición aplicable en el ordenamiento de Alcalá, en las Leyes de la Novísima, Nueva Recopilación, en el Fuero Real, Fuero Viejo, Fuero Juzgo y Fueros Municipales. Es decir, que cuando no existía una ley, ésta era aplicada. Quedando establecido en la Ley Primera, título veintiocho.

Creemos, al respecto que las Siete Partidas no tuvieron la fuerza legal que encerraban, sino un siglo después que fueron redactadas encontrándose siempre por debajo de los fueros.

De acuerdo con el tema que venimos analizando, el matrimonio fue regulado en este Código en su cuarta partida, de la siguiente manera.

Para celebrar matrimonio se requería como requisito previo los esponsales, arras y las amonestaciones. No se daban en forma escrita, desde los siete años se tenía capacidad para otorgar esponsales a futuro.

Los esponsales del presente eran seguidos de la unión carnal de los esposos, realizando así un matrimonio perfecto. De los esponsales

se derivaba el parentesco cuasi - afinidad, que en las Partidas era llamado alleganza.

En el caso de que uno de los contrayentes que celebró esponsales de futuro, demorará el matrimonio, la Iglesia tenía facultad para obligarlo a la realización del matrimonio que se comprometió con los esponsales.

Los esponsales quedaban sin efecto por mutuo consentimiento, por la profesión religiosa, y por la ausencia que excediera de tres años.

Las Partidas determinan que el matrimonio debe darse libremente, sin que el consentimiento de los consortes esté viciado de error, fuerza o de miedo graves. El matrimonio era válido aunque, el padre no diere su consentimiento, pero si era objeto de desheredación de la hija insumisa. En este aspecto las Siete Partidas concuerdan con el Fuero Juzgo.

El matrimonio de clases diferentes provocaba que la mujer legítima no era elevada al rango del marido ni los hijos recibían honores del padre, a éstos se les llamo morgnáticos. En este caso creemos que se estaba en contra de la naturaleza del vínculo matrimonial.

Las Siete Partidas autorizaban el divorcio por causa de adulterio y se ordenaba que el cónyuge que tuviese conocimiento de este delito lo acusare, así como acusar al que cometiera traición contra el Rey o su Señoría. Si no lo hace peca mortalmente, la acusación deberá presentarse ante el Obispo.

Asimismo, se autorizaba la separación de los esposos cuando existía un impedimento dirimente o en el caso de que los esposos sean cuñados, en este aspecto cualquier persona podrá ejercitar la acción. "Se prohíbe que pidan la acción mencionada: el que supiese que estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo a menos que lo correspondiese hacerlo por parentesco. Tampoco se deberá oír al que lo hiciese con intención de utilizar alguna cosa de aquéllos a quienes acusa, ni el que hubiese recibido dinero u otra cosa por esta razón, siempre que se lo pudiese probar". (77) En este caso no opera el divorcio, sino la anulación del matrimonio.

La mujer una vez que celebra matrimonio quedaba obligada a entregar su dote al cónyuge, a fin de poder desvanecer las cargas del mismo. Con esta legislación la mujer tuvo facultades para

(77) PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 1984. Cuarta Edición. Página 15.

representar a sus ascendientes en línea recta que estuviesen desvalidos, si no existía quien lo hiciera. Asimismo, podía ser testigo, excepto en testamento cuando tenía fama. Por otra parte, era acusada cuando intentaba la muerte de su esposo, aunque llegare a fallecer antes de que la concluyera.

En las Partidas se admite la legitimación "por subsecuente matrimonio, pro prescripto del rey, del emperador o del papa, por hacer que el hijo entre al servicio de la corte o del consejo en Ciudad o Villa donde morare, por testamento confirmado por el príncipe, por escritura ante hombres buenos, casando el padre a su hija natural con algún dignatario de la ciudad, si la proclama públicamente como hija del aquel hombre y se designa la madre, siempre que no haya hijos legítimos". (78)

Se dá el derecho al padre de vender o dar en prenda al hijo, sólo cuando exista la necesidad de miseria y hambre. El padre pierde el derecho de ejercer la patria potestad cuando dá malos tratos a los hijos o los induce a la prostitución. La madre tiene la obligación de proporcionarle educación, alimentos y casa durante los tres

(78) ESQUIVEL OBREGON, T. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Página. 190.

primeros años de su vida en lo futuro se responsabilizará el padre siempre y cuando sean legítimos, cuando no lo sean la obligación de dar alimentos será para la madre y parientes cercanos. La Patria Potestad se termina con el matrimonio del hijo.

Para transmitir los derechos al hijo, las Partidas exigían que éste naciera vivo y con figura humana.

El Código Alfonsino, consagra la adopción, pero no era adoptado el menor de 7 años, sino tenía padre; el mayor de esa edad y menor de catorce, sino con la aprobación del rey; los libertos y los que están bajo guarda del que pretende adoptarlos.

Concluimos que la adopción fue regulada en el Código Alfonsino como en el derecho romano, pero con el nombre en las Partidas de profijamiento.

Asimismo, se instituyó la guarda de menores a través de la tutela y curatela, señalando la edad de 25 años como mayoría de edad.

En estos términos fue regulado el matrimonio por las Siete Partidas en el territorio español.

Sus estudiosos comentan que a pesar de que fue casiletra muerta, es

una obra explicativa, moralizante y didáctica. Asimismo condujo el pensamiento jurídico por haber llevado a España "una popularización medieval del derecho de Justiniano, de mejor calidad que las tradiciones forales".(79)

Es importante señalar que las Partidas, consideraron la costumbre como fuente de derecho con valor superior que la Ley escrita.

Fueron redactadas con estilo propio y original, siendo una verdadera codificación; encierran un espíritu científico profundo, su redacción era elegante. Asimismo se considera como un código único de su época tanto de nacionales como de extranjeros, anteriores o posteriores a él. Podemos decir, que constituye un pilar de nuestra historia legislativa. Ha sido objeto de numerosas ediciones y de trabajos, los cuales son atribuidos especialmente a "San Isidro eminente canónigo y director de la Real Academia de la Historia". (80)

(79) OB. CIT. FLORIS MARGADANT, Guillermo. Panorama de La Historia Universal del Derecho Medieval. Página 178.

(80) SANCHEZ ROMAN, Felipe. Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de La Legislatura Española. Página 315.

CODIGO DE NAPOLEON DE 1804

La Revolución Francesa pretendía la desaparición del parlamento así como la abolición de los privilegios feudales, a efecto de lograr la unidad de los lineamientos de derecho, los cuales serían aplicados a todos los ciudadanos franceses, toda vez que no imperaría igualdad sin esa unidad, necesaria para el país francés.

La Revolución Francesa no concebía a la familia como una unidad orgánica, para este movimiento francés sólo admitía la existencia de una familia unida a través de un mero "contrato del derecho común rescindible a voluntad de las partes o de una de ellas".(81) En otras palabras para la Revolución Francesa dejaba de ser un sacramento para convertirse en un contrato. Fue lo que llevó a consagrar en Francia la Ley del Divorcio del 20 de septiembre de 1792.

Los católicos quedaban obligados al divorcio, por lo que el matrimonio dejaba de ser un acto religioso para convertirse, tan

(81) BONNECASE, Julien. La Filosofía del Código de Napoleón. Aplicada al Derecho de Familia. Volúmen II. Traducción por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. Distribuidor Porrúa. Puebla. México, 1945. Página 108.

sólo, como un contrato civil, señalado así en la Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791.

El derecho de la familia de la revolución, influyó en el Código de Napoleón en cierta manera, algunos errores revolucionarios, fueron evitados por los redactores del Código de Napoleón, pero la gran parte de los conceptos establecidos en el Código Civil de 1804, fueron sustraídos del derecho familiar de la Revolución.

La elaboración del Código Civil, data desde el año de 1790, pero no fué, sino hasta el 13 de agosto de 1800, fecha en la cual Napoleón Bonaparte, determina formar una comisión a efecto de que elaboraran el proyecto del Código Civil, siendo revisado por el Tribunal de Casación. Promulgándolo Napoleón Bonaparte, con 36 títulos, entre marzo de 1803 y marzo de 1804.

En 1807, el Código recibió el nombre de Código de Napoleón. Más tarde, en 1816 el Código volvió a tomar la denominación de Código Civil. Finalmente un decreto del 27 de marzo de 1852, atribuyó al Código Civil el título de Código de Napoleón, nombre con que hasta la fecha se le conoce.

Para Napoleón Bonaparte, la familia era algo trascendental, por lo que tuvo la necesidad de regularla en uno de los Capítulos del

sólo, como un contrato civil, señalado así en la Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791.

El derecho de la familia de la revolución, influyó en el Código de Napoleón en cierta manera, algunos errores revolucionarios, fueron evitados por los redactores del Código de Napoleón, pero la gran parte de los conceptos establecidos en el Código Civil de 1804, fueron sustraídos del derecho familiar de la Revolución.

La elaboración del Código Civil, data desde el año de 1790, pero no fué, sino hasta el 13 de agosto de 1800, fecha en la cual Napoleón Bonaparte, determina formar una comisión a efecto de que elaboraran el proyecto del Código Civil, siendo revisado por el Tribunal de Casación. Promulgándolo Napoleón Bonaparte, con 36 títulos, entre marzo de 1803 y marzo de 1804.

En 1807, el Código recibió el nombre de Código de Napoleón. Más tarde, en 1816 el Código volvió a tomar la denominación de Código Civil. Finalmente un decreto del 27 de marzo de 1852, atribuyó al Código Civil el título de Código de Napoleón, nombre con que hasta la fecha se le conoce.

Para Napoleón Bonaparte, la familia era algo trascendental, por lo que tuvo la necesidad de regularla en uno de los Capítulos del

Código, desde entonces se restauró la autoridad familiar. Su organización tenía como base la autoridad patriarcal. Otorgó estabilidad al matrimonio, a pesar que lo concebía como un contrato, por lo que el Código Napoleónico reprodujo la definición de Portalis y determinó que el matrimonio "es la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente y llevar el peso de la vida y para compartir su destino común". (82)

Sin embargo, creemos que dicha relación fue favorable sólo para una de las partes, es decir para el esposo, toda vez, que la mujer tenía que someter su voluntad a la del esposo considerándolo como la cabeza de la familia, a quien le debía obediencia y respeto. Y sin autorización de él no podía realizar ningún acto jurídico, ó, a falta de ese permiso tenía que solicitarlo al Tribunal. Perdiendo de esta manera su dignidad no sólo como mujer sino como ser humano.

Para el Código de Napoleón de 1804, representó una situación grave el haber establecido el matrimonio arbitrariamente, pero su sistema viciado, iba más allá, al haber sacrificado a la mujer al marido.

(82) OB. CIT. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Página 472.

Encontrando, así la disposición del artículo 1421 que dice:

"El marido administrará por sí sólo los bienes de la comunidad".

El Artículo 1422 dice:

"Puede enajenarlos o hipotecarlos sin el consentimiento de la mujer".

Con estas disposiciones, consideramos que la mujer encontraba más limitantes, los beneficios de su trabajo o de su dote, y los de su cónyuge si existiesen, iban a la comunidad, los cuales sólo serían disponibles para el marido.

El Código de Napoleón, sacrificó con una ligereza a un individuo, abandonándolo como un objeto insensible.

El Código antes señalado no quería admitir que la mujer es un ser que tiene facultad de razonar y determinar la realización de cualquier acto jurídico, toda vez que tiene capacidad para ello.

El Código Napoleónico, estableció la figura del divorcio por consentimiento mutuo y dice en su artículo 233 "El consentimiento

mutuo y perseverante de los esposos, expresado en forma prescrita por la ley, bajo las condiciones y según las pruebas que determina, probará plenamente que la vida común le es insoportable, y que existe con relación a ellos una causa perentoria de divorcio".

También se reconocía el divorcio por adulterio, la sevicia y las injurias graves.

Para obtener el divorcio, era necesaria la "autorización de los padres, la imposibilidad de obtener el divorcio antes de dos años de la celebración del matrimonio, o después de veinte años de haberse celebrado, la necesidad de manifestar cuatro veces en un año la intención de divorciarse, la prohibición para los esposos de contraer segundas nupcias antes de tres años, después de haberse pronunciado el divorcio, la obligación impuesta a los esposos de ceder, respectivamente la mitad de sus bienes en favor de los hijos nacidos del matrimonio". (83)

El legislador de esta manera consideró al matrimonio como un lazo temporal y artificial.

(83) OB. CIT. BONNECASE, Julien. La Filosofía del Código de Napoleón. Página 126.

Sin embargo, los legisladores no admitieron el divorcio por enfermedad mental, ya que no se puede culpar por eso a una de las partes.

El fracaso de un matrimonio, el Código de 1804, lo cubrió con un divorcio elegante y moral, y las inobservancias de las obligaciones que se derivan del matrimonio, las castigó con un divorcio por adulterio; pero la diferencia entre la mujer y hombre seguía persistiendo en todos los aspectos al grado que el artículo 229 decía "que el marido podía demandar el divorcio por causa de adulterio de su mujer", pero la mujer, según el artículo 230 "no podía pedir el divorcio por causa de adulterio del marido, sino cuando éste hubiera sostenido a su concubina en la casa común". Sin ser suficiente la de la mujer, la ley penal le imponía una pena de prisión de tres meses a dos años si el marido no le otorgaba su perdón.

El divorcio por haber dañado la estabilidad del matrimonio, por haber destruido la base de la sociedad, es decir a la familia francesa, se suprimió en el año de 1816.

Ahora hondaremos la relación entre padre e hijos.

Artículo 371 " El hijo, cualquiera que sea su edad debe respeto y

consideración a sus padres".

Al respecto, consideramos que los legisladores del Código, estipularon un precepto totalmente moralista, el cual ha sido regulado en todos los tiempos.

La Revolución Francesa, reguló la igualdad entre hijos naturales y legítimos, a diferencia de el Código de 1804 en su artículo 756, niega a los naturales el título de herederos, es decir se vuelve a marcar la desigualdad entre los hijos naturales y legítimos.

Los hijos naturales deben tener los mismos derechos que un legítimo, toda vez que la seducción que sufrían las doncellas de la clase más baja, por los hombres poderosos, no debía ser perjudicial ni en menoscabo para un hijo.

Esta inequidad que estableció el Código de Napoleón entre un hijo natural y legítimo, fué destruida con la ley del 16 de noviembre de 1912 en Francia.

Referente a la adopción los legisladores de 1804, establecen un derecho de alimentos entre el adoptante y el adoptado, se dá el factor hereditario entre quien adopta y es adoptado. Sólo podrían ser adoptados los menores de edad.

Los legisladores al establecer esta figura era con la finalidad de beneficio para el adoptante, en el sentido de que su apellido nose extinguiera y que alguien pudiese heredarle.

Los juristas franceses pusieron en el Código de 1804, un sentido de claridad, sencillez y por estos aspectos de la obra fue por lo que se tomó como modelo para la realización de Códigos Civiles modernos de diversos países, principalmente de "Polonia, Holanda, Italia, España, Portugal, Egipto, Japón", (84) entre otros. Siendo pueblos diferentes pero unidos en un mismo derecho.

El derecho Francés es heredero, del derecho romano, sus juristas se han forjado de la disciplina romana. Solo existieron principios de derecho en el Código de Napoleón, por lo que el Código no es del todo una obra original, sino es una sabia combinación del antiguo derecho consuetudinario francés, los principios del derecho romano y del derecho revolucionario Francés.

(84) OB. CIT. LEON MAZEAUD, Herny y, MAZEAUD Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Volúmen I. Introducciones al Estudio del Derecho Privado, Objetivos y Subjetivos. Traducción de Luis Alcalá. Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1959. Página 99.

El Código de Napoleón de 1804 fue una base inspiradora para nuestros Códigos de 1870 y 1884.

CODIGO CIVIL DE 1870

La legislación civil que existía entre los Aztecas era escasa, su organización familiar estaba basada principalmente en el matrimonio. Se acostumbraba la poligamia entre los ricos y los nobles, sin embargo se distinguía a la mujer legítima es decir con la que se había casado.

La ceremonia de matrimonio no se realizaba ni ante sacerdotes, ni ante funcionarios públicos, sino se efectuaba mediante actos religiosos, ofreciendo al fuego diversos presente. Esta ceremonia tenía todo el valor legal.

El hombre era considerado como el Jefe de la familia pero ante el derecho, tanto el hombre como la mujer tenían igualdad dentro del núcleo familiar, es decir, que el cónyuge educaba y castigaba a los hijos varones y la esposa a las mujeres.

El divorcio era una figura ya regulada por los ciudadanos aztecas, quienes reconocían como causa de divorcio "la diferencia de caracteres, la mala conducta de la mujer y la esterilidad". (85)

(85) OB. CIT. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Página 100.

Una vez disuelto el vínculo matrimonial, los hijos varones quedaban al mando del padre y las hijas al de la madre.

El cónyuge culpable perdía la mitad de sus bienes, los divorciados no podían volver a casarse, la violación de esta disposición se castigaba con la muerte.

Una vez lograda la conquista de la Nueva España no tenía la facultad de determinar sus propias leyes, toda vez que se consideraba a sus pobladores como indios sin razocinio, debido a ésto, España gobernó aplicando su propia legislación, la cual comprendía las Siete Partidas, el Fuero Real y el Fuero Juzgo, dichas disposiciones tuvieron una larga vigencia. Medio Siglo había transcurrido desde que se consumó la Independencia y a pesar de ese tiempo México seguía dependiendo directamente de la antigua Metrópoli, sin tener a la fecha de 1870, ninguna base jurídica con la cual pudiese considerarse como un país autónomo.

Sin embargo, no podemos pasar por alto que desde los principios de la Independencia, los gobernantes mexicanos tuvieron la necesidad de crear un Código Civil. Por lo que, en noviembre de 1822 el Gobierno provicional nombró una comisión encargada de redactar un proyecto de Código Civil, pese a los esfuerzos del Pueblo Mexicano nunca se cristalizó dicho proyecto.

No fue, sino hasta con las Leyes de Reforma promulgadas en Veracruz por el Presidente Don Benito Juárez en 1856 y 1859, en donde se consagró un derecho civil propio como es en lo que se refiere "al matrimonio como un contrato civil, y la Institución del Registro Civil".(86)

Por lo que, el mayor esfuerzo de codificación civil lo encontramos con Don Benito Juárez, quien formo una Comisión encabezada por el Doctor Don Justo Siera en 1859, pero a pesar del empeño que pusieron los integrantes de dicha Comisión no obtuvo el éxito esperado debido a la intervención francesa y al fraudulento reinado del Emperador Maximiliano, siendo sólo publicados los dos primeros libros del proyecto, sin entrar en vigor, por la vida política del país.

Con estos dos primeros libros significaba el inicio jurídico de México por lo que Benito Juárez incesante y al ser establecido el régimen legal republicano, formó una segunda Comisión para elaborar un Nuevo Código Civil, concluyéndose el trabajo el 28 de mayo de 1870, siendo promulgado como el Primer Código Civil el 8 de diciembre del mismo año, y estando vigente a partir del 1o. de mayo de 1871.

(86) OB. CIT. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Página 100.

Para Jerónimo Díaz, los legisladores de 1870 "eran verdaderos juristas, quienes tenían talento y sabían derecho".(87)

El Código Civil de 1870, tiene como fuentes directas los principios del Derecho Romano, la antigua legislación española, el Código de Napoleón, El Código de Cerdeña llamado Alberinto, entre otras fuentes.

El Código en materia se dictó exclusivamente para el Distrito Federal y el territorio de Baja California. Este error de jurisdicción fué corregido por las legislaturas de los Estados al adoptar el texto del Código Civil.

El Código de 1870, es una obra clara y precisa, a pesar de que ciertos aspectos de su exposición fueron en menoscabo para determinados sectores, así también es cierto que con esa codificación se inicia una etapa más justa y libre para la celebración del matrimonio.

Concluyendo, decimos que el Código de 1870 es la primera legislación civil con que contó México y a pesar de que se basó en

(87) DIAZ, Jerónimo. La Posesión en el Derecho y en la Jurisprudencia Mexicana. Sobretiro de la Revista de la Facultad de Derecho de México, número 62. T. XVI. Abril-Junio de 1966. Página 322.

el derecho romano, en el antiguo derecho español y en el Código de Napoleón, tiene encerrado en sí una autonomía propia. Su aplicación no creó desorden entre los ciudadanos mexicanos, sino todo lo contrario, estableció un equilibrio en el país. Siendo demostrado en el sentido que el Código en estudio no muere, sino renace con el Código de 1884, y sigue viviendo en la legislación de 1928, codificación que actualmente rige al país y que en su oportunidad analizaremos.

El matrimonio tema en estudio, fue regulado por el Código en los siguientes términos: El matrimonio era concebido como una "sociedad legítima de un hombre y una mujer que se unen con vínculo indisoluble". (88)

Por la separación de la Iglesia y el Estado, se convierte al matrimonio en un contrato civil competente solo para autoridades civiles, el matrimonio en su interior no dejaba de ser un sacramento, ya que los legisladores no consagraron la disolubilidad del matrimonio, todo lo contrario era indisoluble y sólo se permitía la separación de los cuerpos, es decir se dispensaban a los cónyuges la obligación de cohabitar.

(88) Código Civil de 1870, artículo 159. Edición Oficial.

El matrimonio desde los orígenes del ente humano, ha tenido una trascendental importancia manejada de la manera que concebía cada época, siendo para nuestro Código de referencia el punto más importante, ya que el matrimonio era y es el cimiento de la sociedad mexicana, por lo que fue imperante para la norma de 1870, el no permitir la realización de matrimonios sin tener plena consciencia de una unión permanente, debido a ésto se determinó que tanto "el hombre como la mujer que descaran celebrar libremente nupcias matrimoniales tendrían que ser mayores de veintiun años". (89)

Los legisladores de 1870, concebían que un menor de veintiun años no tendrían la suficiente experiencia y precipitaría una unión provocada por pasiones lo que llevaría una vida de amargura. "La mujer una vez que contraía nupcias tenía la obligación de obedecer a su marido, tanto en su persona como en sus bienes, así como la educación de los hijos, así mismo para comparecer en juicio tenía que ser con licencia por escrito del marido".(90)

El que una mujer no reiterara respeto y obediencia a su cónyuge, era considerada como algo inmoral, por desobedecer a la cabeza

(89) Código Civil de 1870. Artículo 165. Edición Oficial

(90) Código Civil de 1870. Artículos 201 y 206. Edición Oficial.

El matrimonio desde los orígenes del ente humano, ha tenido una trascendental importancia manejada de la manera que concebía cada época, siendo para nuestro Código de referencia el punto más importante, ya que el matrimonio era y es el cimiento de la sociedad mexicana, por lo que fue imperante para la norma de 1870, el no permitir la realización de matrimonios sin tener plena consciencia de una unión permanente, debido a ésto se determinó que tanto "el hombre como la mujer que desearan celebrar libremente nupcias matrimoniales tendrían que ser mayores de veintiun años". (89)

Los legisladores de 1870, concebían que un menor de veintiun años no tendrían la suficiente experiencia y precipitaría una unión provocada por pasiones lo que llevaría una vida de amargura. "La mujer una vez que contraía nupcias tenía la obligación de obedecer a su marido, tanto en su persona como en sus bienes, así como la educación de los hijos, así mismo para comparecer en juicio tenía que ser con licencia por escrito del marido".(90)

El que una mujer no reiterara respeto y obediencia a su cónyuge, era considerada como algo inmoral, por desobedecer a la cabeza

(89) Código Civil de 1870. Artículo 165. Edición Oficial

(90) Código Civil de 1870. Artículos 201 y 206. Edición Oficial.

de la familia. Así mismo, era una inmoralidad el que se le otorgara capacidad jurídica, porque con ésto se ocasionaría que la potestad marital se denigrara. El legislador consideraba también que si se le otorgaba esa capacidad jurídica para contratarse lo iba a hacer en perjuicio de la familia.

Por otra parte, la mujer no se atrevía a protestar ni mucho menos a desobedecer, ni a requerir una capacidad jurídica no porque no fuese capaz de razonar, sino porque para ella el hombre representaba la fuerza y la razón de su sexo.

El divorcio fue regulado por el Código en estudio, y era la "separación temporal o indefinida de la mujer y el marido, permaneciendo íntegro el vínculo del matrimonio".(91)

Las diferencias que sufrían los cónyuges venían a ser aliviadas con su separación temporal. El divorcio vino a representar la honra y tranquilidad de la familia, evitando escándalos para los hijos, y una vez solucionados los problemas, el matrimonio seguía existiendo.

El divorcio se otorgaba cuando se manifestaban las causales de

(91) Código Civil de 1870. Artículo 239. Edición Oficial.

"adulterio, abandono del domicilio conyugal, la sevicia del marido a la mujer, la acusación falsa hecha por un cónyuge al otro, el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, la incitación o violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, la propuesta del marido para prostituir a la mujer". (95)

Para los legisladores de 1870, el matrimonio era constituido con base en el amor, y el divorcio efectivamente era una medida para aliviar a los cónyuges, una vez recuperado el matrimonio, seguía existiendo con todos sus efectos. El problema estribaba para aquellas personas que unieron sus vidas obligados por alguna circunstancia, para las cuales el divorcio no representaba una solución, tan sólo significaba la liberación de no convivir y no cohabitar con alguien no deseado.

En relación a los hijos adoptivos no se reglamentaba como fuente de parentesco. Los hijos adoptivos no tenían derecho a que se les proporcionare lo más elemental, ni ser llamados de esa forma. "Sólo eran legitimados los hijos naturales, entendiéndose como naturales a los hijos concebidos fuera del matrimonio".(93)

(92) Código Civil de 1870. Artículo 240. Edición Oficial.

(93) Código Civil de 1870. Artículos 352 y 355. Edición Oficial.

La condición de un hijo, no era determinada por él, por lo que los padres son los únicos responsables de la procreación, y de esto no se puede culpar a los hijos castigándoles a la vergüenza y a la miseria. Afortunadamente se otorgan "los mismos derechos a los legitimados que a los legítimos". (94)

(94) Código Civil de 1870. Artículo 357. Edición Oficial.

CODIGO CIVIL DE 1884

Había transcurrido más de una década desde que se promulgó el Código Civil de 1870, sintiéndose ya la necesidad de reformar el espíritu jurídico de la nación mexicana, principalmente en los preceptos civiles en lo que se refiere a la familia y al patrimonio familiar. Y por decreto del 14 de diciembre de 1883 se faculta al Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, para realizar tal reforma. Siendo promulgado bajo el nombre de Código Civil de 1884, entrando en vigor el 1o. de junio de ese mismo año.

El Código Civil de 1884, no es otra cosa, sino que una copia del Código de 1870, sus disposiciones referente al matrimonio son las mismas que las del Código de 1884, también determinó que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, siendo indisoluble su vínculo matrimonial reglamentando el divorcio sólo en forma temporal, es decir que los cónyuges se separaban para solucionar sus problemas, pero el matrimonio tenía todos los efectos legales.

Los consortes para celebrar el matrimonio requerían ser mayores de veintiún años, caso contrario tenían que solicitar el consentimiento de una persona con experiencia de la vida como

eran los padres, tutores, abuelos o el juez de primera instancia.

Los cónyuges estaban obligados a guardarse fidelidad.

El marido debe proteger a la mujer y la mujer está obligada a obedecer y respetar a su marido. El cónyuge era el representante legítimo de la mujer y administrador de todos los bienes del matrimonio.

La mujer no tenía capacidad para contratarse ni para litigar, sin el consentimiento por escrito del marido, salvo cuando fuere mayor de edad y en los casos siguientes:

- para defenderse en juicio criminal;**
- para litigar con su marido;**
- para disponer de sus bienes por testamento;**
- cuando el marido no pueda otorgar licencia por causa de enfermedad;**
- cuando estuviere legalmente separada.**

Los legisladores de 1884, determinan que la mujer debe disciplina al marido con la finalidad de conservar el orden familiar. Asimismo, queda bajo la protección del hombre, no porque éste sea más inteligente y fuerte, sino por ser el jefe de la familia.

Se legitimó a los hijos naturales concebidos fuera del matrimonio otorgándoles los mismos derechos. Sin embargo, no se reconoce la adopción como fuente de parentesco.

Con la legitimación los hijos naturales adquieren los mismos derechos que los legítimos, en cuanto a la paternidad y filiación. Sin embargo, los redactores del Código fueron injustos con los adulterinos y los incestuosos al no proporcionarles ninguna garantía de vida.

Pero a pesar de las diferencias todos los hijos sin importar su condición debían honrar y respetar a sus padres por ser una obligación civil y moral.

El Código Civil de 1884, sufrió numerosas reformas hasta que aparece la codificación que actualmente nos rige. Una de esas reformas fue la que introdujo el Primer Jefe Constitucionalista, el C. Venustiano Carranza, que en plena lucha revolucionaria en el Estado de Veracruz promulga el 29 de diciembre de 1914 la Ley Divorcio, estableciéndolo como un divorcio vincular, cuya disposición es incluida, más tarde en la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, tema que posteriormente comentaremos.

El Código en estudio por ser extracción de la legislación de 1870, es lógico, "entonces que también se haya inspirado en el Proyecto Español de 1851, del Código Francés y del Portugués". (95)

Creemos que esta obra tiene una forma clara, con disposiciones nuevas, siendo su finalidad la protección social. Por estos motivos fue objeto de discusión en los países extranjeros, obteniendo una crítica favorable.

Asimismo, encierra un ideal de justicia, otorgándole al ser humano libertad pero sin hacer a un lado en sus preceptos las buenas costumbres de la moral. En otras palabras el espíritu del Código es progresista.

Sin embargo, presenta un error, su falta de sistematización jurídica y no admite en principio la costumbre como fuente de derecho.

(95) MUÑOZ, Luis. Comentarios al Código Civil de 1928 para el Distrito Federal y Territorios Federales. Volumen I. Editorial Ediciones Lex. México, Distrito Federal, 1946. Primera Edición. Página 18.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

El tiempo no implica del todo transformaciones, toda vez, que siendo principios del siglo XX, se dejaba sentir hondamente las viejas ideas romanas en donde todos los privilegios y poder de mando lo tenía el marido.

Afortunadamente, al concluir la Revolución Mexicana se dan reformas políticas y jurídicas lo que dá un cambio trascendental en los valores morales que poseía la sociedad mexicana.

Venustiano Carranza, considera que ya era tiempo de expedir nuevas bases para la familia las cuales fueran "racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, de propagar la especie y fundar a la familia".(96) Estableciendo, asimismo, que la mujer tenía los mismos derechos que su cónyuge en el seno del hogar.

En el Informe del Primer Constitucionalista se manifestó, por primera vez la igualdad entre un hombre y una mujer, otorgándole a ésta capacidad para contratar y obligarse, sin

(96) CARRANZA, Venustiano. Ley Sobre Relaciones Familiares. Editorial Talleres Gráficos de la Nación. Edición Oficial México, 1936. Página 3.

perjuicio para su matrimonio. Asimismo, se determinó establecer el matrimonio como un contrato al instituirse el divorcio.

Por lo anterior, Venustiano Carranza, Primer Jefe Constitucionalista, decreta la Ley Sobre Relaciones Familiares, publicandola el 9 de abril de 1917.

Como ya se dejó entrever, el matrimonio sufre un giro total con la Ley de Relaciones Familiares, al establecerlo como un "contrato civil entre un hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble". (97) Es decir, que el divorcio viene a ser un medio jurídico para disolver el vínculo matrimonial durante la vida de los consortes. Dejándolos en "aptitud de contraer otro".(98)

El divorcio no fue instituido con la Ley en estudio, sino "recogió la disposición de la Ley del 29 de diciembre de 1914".(99)

En lo que respecta a la promesa de matrimonio la Ley en mención

(97) OB. CIT. CARRANZA, Venustiano. Artículo 13.

(98) IDEM. Artículo 75.

(99) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 1980. Cuarta Edición. Página 108.

no la reguló como una obligación para celebrar el contrato.(100)

Debido a que el matrimonio es la realización en forma libre y espontánea, por lo tanto la promesa no tiene fuerza jurídica, no puede obligarse a cumplir un matrimonio porque se estaría llenando en contra de la propia naturaleza.

Al igual que la reglamentación de 1880 y de 1884, la Ley comentada también reguló "que los hijos de ambos sexos que no hayan cumplido veintiún años no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres o cuando éstos no existan el de los abuelos, tutores, o en su caso el del Juez de Primera Instancia".(101)

El que los legisladores del 17 hayan establecido una edad determinada para los contrayentes nos parece positivo, pero no sólo debe tomarse en cuenta la madurez fisiológica, sino la formación de un criterio propio.

Con la Ley de Relaciones Familiares la mujer coloca la primer piedra de igualdad con el hombre, toda vez que se "le otorga

(100) OB. CIT. CARRANZA, Venustiano. Artículo 14.

(101) OB. CIT. CARRANZA, Venustiano. Artículos 19 y 20.

autoridad y consideraciones iguales en cuanto a la educación y establecimiento de los hijos, y la administración de sus bienes".(102)

Asimismo, la mujer siendo mayor de edad tiene "capacidad para administrar sus bienes, comparecer en juicio sin licencia del marido, y para contratar en relación a sus bienes".(103)

Los Códigos de 1870 y 1884 consagraron la figura de los hijos ilegítimos. La Ley de Relaciones Familiares borró esta diferencia, sin embargo no reguló la adopción como fuente de parentesco al igual que los códigos arriba mencionados.

La Ley Sobre Relaciones Familiares es una Ley revolucionaria, encierra un profundo valor y sinceridad por provocar el rompimiento de una sociedad compuesta de creencias, de sentimientos, de ideas y de costumbres recibidas de la dominación española.

Es decir, que para esa sociedad el haber sido regulado el divorcio provoca que el matrimonio dejara de ser una Institución Social

(102) OB. CIT. CARRANZA, Venustiano. Artículo 43.

(103) OB. CIT. CARRANZA, Venustiano. Artículos 45, 46 y 47.

para convertirse en un contrato privado de fácil disolución, por lo que su publicación careció de importancia siendo no trascendental para el país en 1917.

Concluyendo decimos que la Ley de Relaciones Familiares estableció el divorcio vincular, suprimió la potestad marital y organizó la familia sobre nuevas bases.

CODIGO CIVIL 1928

El Código de 1928, fue un deber incluíble del Campo de las Batallas.

El Código de 1884, no era una concepción jurídica suficiente, ante un pueblo que se enfrentaba a una Revolución política y social. Los mexicanos luchaban por su libertad y ordenación jurídica acorde con las necesidades que imperaban en esa época. Por lo que, una vez establecida la conquista de la Revolución, se emprendió por parte de los legisladores el estudio de la creación de un Código Civil que encerrara en sus instituciones el nuevo sentir del pueblo mexicano. Asimismo, que no se dejará en el olvido, sino se plasmara en él, el sacrificio de tantos seres que dejaron su sangre en las faldas de las cumbres en protesta para obtener su libertad.

Así, el Congreso de la Unión mediante decretos del 7 de enero y 6 de diciembre de 1926 y 3 de enero de 1928, se confirió al Ejecutivo que ordenará la redacción de un Código Civil. Siendo promulgado el 30 de agosto de 1928, entrando en vigor el 1o. de octubre de 1932. Fecha que hasta entonces rigió el de 1884. La nueva disposición es aplicable para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal.

El Código de 1928, se basó en el Código de 1884, en la Ley Relaciones Familiares, "en los códigos alemán, suizo y argentino y chileno, así como del Código de obligaciones y contrato ítalo-frances".(104)

Dicha reglamentación es el surgimiento de las necesidades jurídicas y económicas de las épocas anteriores, es un Código de Derecho Privado Social.

Debemos de señalar que la elaboración del libro Primero del Código de referencia, se inspiró en su totalidad en la Ley Relaciones Familiares.

El Código constó de 3044 artículos, y cuatro libros.

Referente al tema que venimos tratando los legisladores, y como ya se señaló se basaron en las necesidades que presenta la familia de la sociedad mexicana para poder regularla, por lo que se reglamentó el matrimonio, la paternidad y filiación, adopción, deuda alimenticia, tutela, y otras instituciones, asimismo admitió el divorcio por mutuo consentimiento.

(104) OB. CIT. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General Personas Familia. Página 108.

Consideramos, que una de las principales innovaciones del Código 1928, fue la de establecer igualdad entre varón y mujer en su artículo segundo. La equiparación de la mujer con el hombre elimina y desaparece la incapacidad legal que se le atribuía a ésta desde las legislaciones que hemos venido analizando, es decir, desde los preceptos jurídicos romanos hasta la disposición de 1884, afortunadamente con la reglamentación de la materia se otorga capacidad jurídica a la mujer, a fin de que ejecute actos de la vida. Por lo que, y según el artículo 168 el hombre y la mujer tendrán autoridad y consideraciones iguales. Siendo así, el principio de autoridad se destruye, sustituyéndolo por la unidad de dirección entre el hombre y la mujer. Desapareciendo totalmente lo consagrado por el Derecho Romano donde se consideraba a la mujer incapaz colocándola bajo la potestad marital, a través del convenio in manu antes descrito. Ahora se otorga a la mujer la más amplia y justa protección, dejando a un lado el sexo privilegiado, y estableciendo igualdad para los cónyuges.

Por otra parte, se establece la ruptura de la promesa de matrimonio, obligando a quien la quebrante a reponer daños y perjuicios (art. 143). Asimismo, se prescinde la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, y se clasifica como hijos nacidos del matrimonio y fuera del matrimonio. Los cuales, por el sólo hecho de ser engendrados obtienen los derechos al cuidado y protección

sin que se consideren legítimos o no. Felizmente nuestro Código reconoció la adopción, ya que ésta viene a ser un aliciente para aquéllos matrimonios que no pueden concebir; considerada también como una fuente de socorro para aquellos infantes que han sido abandonados a su suerte. Su regularización no se hizo con el interés del adoptante, sino el objeto de la adopción fue el de proteger a tantos menores desamparados, y así proporcionarles una vida llena de cuidados y cariño. Este precepto fue reconocido por el Código de Napoleón y no había sido regulado ni con el Código de 1870, 1884, aún cuando éstos se basaron en el de 1804, ni con la Ley de Relaciones Familiares, sino, vino a regularse con nuestro Código actual.

Debemos de señalar que el Código de 1928, recogió en términos generales las causas de divorcio señaladas en la Ley de Relaciones Familiares.

En seguida describiremos la regularización del Matrimonio de acuerdo con nuestra norma vigente.

EL MATRIMONIO

Primeramente diremos que la norma jurídica tiene un valor enorme, gracias a ella se regula la vida del hombre, regula las relaciones entre individuos al imponer deberes y otorgar derechos. De esa relación se van a determinar los hechos y actos jurídicos.

Entendiendo como hecho jurídico "aquellos acontecimientos naturales o del hombre que sin intervenir su voluntad para producir consecuencias de derecho se originan éstas".(105) En otras palabras lo concebimos como el suceso que acaece en la realidad, el cual va a originar, modificar o extinguir una relación jurídica.

A diferencia del acto jurídico en el que existe "una manifestación de voluntad del hombre, hecha con el propósito de producir consecuencias jurídicas".(106) Es decir, que en el acto jurídico se determina el deseo de realizar una conducta, a fin de crear efectos de derecho.

(105) OB. CIT. ROJINA VILLEGAS Rafael. Compendio de Derecho Civil Introducción, Personas y Familia. Página 45.

(106) OB. CIT. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Página 46.

Por lo que, en el matrimonio, al ser exteriorizado por los cónyuges el deseo de contraer nupcias, nuestros legisladores han determinado al matrimonio como acto jurídico.

El matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer con el fin de formar una familia, sus intereses del matrimonio trascienden y afectan a la sociedad, ya que ésta, está formada de familias, por eso desde la atingüedad ha sido considerada con un valor enorme.

El ser la sociedad creación del matrimonio tuvo la necesidad de regularlo como un acto civil celebrado ante un funcionario público, o sea el Oficial de Registro Civil, determinado así por el Estado.

Entenderemos por matrimonio "la unión de un sólo hombre y una sola mujer para perpetuar su especie y ayudarse mutuamente a sobrellevar el peso de la vida". (107) De éste concepto se desprende que en la actualidad el matrimonio es monogámico, ya que es el estado más conveniente tanto para el hombre como para la mujer por ser seres racionales y espirituales dejando en el olvido la poligamia.

(107) GONZALEZ, Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil. Editorial Trillas. México, Distrito Federal, 1988. Décima Edición. Página 87.

En opinión del Lic. Fernando F. Gómez González, el matrimonio "es un contrato bilateral solemne, por el que se unen dos personas de sexo diferente para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente".(108)

Al respecto decimos que es un contrato porque hay manifestación de voluntades para contraer matrimonio, señalado así por nuestra Norma Suprema en su artículo 130, que dice" que el matrimonio es un Contrato Civil". Es solemne, porque se lleva ante el Oficial del Registro Civil, y tiene que reunir determinados requisitos.

Antes de señalar los requisitos del matrimonio; describiremos la naturaleza jurídica del matrimonio; éste se considera por los doctrinarios como:

- **Institución**
- **Acto jurídico condición**
- **Acto jurídico mixto**
- **Contrato ordinario**
- **Contrato de adhesión**
- **Estado jurídico; y**
- **Acto de poder estatal**

(108) GOMEZ GONZALEZ, Fernando Flores. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, Distro Federal 1984. Cuarta Edición. Página 77.

El Matrimonio como Institución, se extiende como un conjunto de normas con carácter jurídico encargadas de regular todo un sistema con una misma meta, es decir, que todo cónyuge, su finalidad es constituir una familia unida, y con una misma dirección determinada por ambos cónyuges de acuerdo con la igualdad que les dió nuestro derecho mexicano. El matrimonio por ser el fundamento de una familia, y de una sociedad se le considera una Institución con gran valor.

El matrimonio como Acto Jurídico Condición.- Primeramente definimos acto jurídico condición como el "acto jurídico que tiene como objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por que no se agotan por la realización de la misma, sino que permiten su renovación continua". (109)

Es decir, que se aplicará todo un derecho, ya constituido, el cual regirá y dispondrá jurídicamente de la vida de los consortes en forma permanente. En otras palabras lo entedemos que cuando se constituye un matrimonio como acto jurídico, sus miembros se regularan por el derecho familiar ya legislado.

(109) OB. CIT. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción - Personas y Familia. Página 282.

El Matrimonio como Acto Jurídico Mixto.- Primero señalaremos que existe acto jurídico privado y público. El primero, es el que se dá con la sólo intervención de los particulares, y el público se efectúa con la intervención del Estado. Por lo que, el acto jurídico mixto se constituye con la combinación del particular y del Estado. Se dice, que es un acto jurídico mixto, porque no sólo interviene el consentimiento de los consortes, sino también la declaración del Oficial del Registro Civil, en el sentido de declararlos unidos en matrimonio.

Es decir, que el oficial del Registro Civil, es el representante legal, para que un matrimonio se efectúe conforme a derecho. En el caso de que existán impedimentos no lo celebrará, no porque él no quiera dar su consentimiento sino porque se estaría yendo contra derecho. Si no existen los declara unidos. Por lo que, su función es sólo declarar en el acta que quedan unidos legítimamente en matrimonio. En ningún momento interviene su consentimiento como persona individual o como persona del Estado, sólo funge como representante de la Ley al declarar un acto jurídico, porque de nada valdría el consentimiento del Oficial del Registro Civil, sino existiera el de los consortes.

El Matrimonio como Contrato Ordinario.- Se entiende como un contrato igual que los demas contratos, el cual reúne todos sus

elementos esenciales y de validez del acto jurídico.

El Matrimonio como contrato Adhesión.- Se entiende bajo este rubro como el matrimonio que el Estado impone al régimen legal, y los consortes sólo se adhieren. Es decir, su voluntad sólo funciona para que se le aplique el Estatuto Jurídico.

El Matrimonio como Estado Jurídico.- Es un estado jurídico, porque constituye una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes.

El Matrimonio como Poder Estatal.- Se dice, que es un acto de poder estatal, porque el matrimonio no se perfecciona con el consentimiento de los consortes, sino se requiere forzosamente la declaración del oficial del Registro Civil.

ELEMENTOS DEL MATRIMONIO

Nuestro derecho civil considera el matrimonio como un acto jurídico, que para celebrarse necesita la aplicación parcial de las disposiciones generales de los contratos, a pesar de que su naturaleza jurídica aún se considere indeterminada por los doctrinarios mexicanos. Por lo que todas las disposiciones relativas a la existencia y validez de los contratos son aplicables al matrimonio.

Los requisitos esenciales o de existencia son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede tener existencia alguna ni menos producir efectos entre las partes contrayentes o con terceros. Por otra parte, los de validez son aquellos que aún existiendo el acto jurídico sus efectos no se producen con plenitud, sino son restringidos a la supervivencia legal, social, moral y fines del acto.

Concretando, los elementos del matrimonio son esenciales o de existencia y los de validez. Los esenciales son aquellos que son necesarios para que produzcan efectos del acto y los de validez son aquellos que no son indispensables para la supervivencia del acto jurídico, "pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad

absoluta o relativa del acto jurídico".(110) La cual trataremos posteriormente.

Ahora bién, considerando que el matrimonio es un acto jurídico, a través del cual dos seres humanos con distinto sexo, y bajo su libre albedrío se unen para perpetuar la especie y proporcionarse una vida de ayuda, de amor y de fidelidad. Los cuales comparecen para este acto ante el representante autorizado por la Ley.

(110) OB. CIT. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción Personas y Familia. pág. 290.

ELEMENTOS ESENCIALES O DE EXISTENCIA DEL ACTO MATRIMONIAL

Para determinarlos aplicaremos la doctrina general del acto jurídico, siendo los siguientes:

- a) La manifestación de la voluntad.**
- b) La existencia de un objeto físico y jurídicamente posible.**

MANIFESTACION DE VOLUNTAD.-Es la existencia de una conducta libre y consciente en el acto jurídico. En el matrimonio puede ser expresa o tácita. Entendiendo como expresa al utilizar formas claras y determinadas para exteriorizarla. Es tácita cuando no se exterioriza abiertamente la voluntad pero si se usan ciertos actos, hechos, signos, actitudes que demuestren el propósito de esas actitudes en producir efectos jurídicos.

La manifestación del hombre y de la mujer forman un sólo consentimiento dirigido hacia un mismo fin, es decir unirse en matrimonio, una vez expresado este consentimiento, el Oficial del Registro Civil, podrá manifestar su declaración en unirlos legítimamente en matrimonio. Por lo que, si llegara a faltar una de esas manifestaciones del matrimonio será inexistente, ya que la

omisión del consentimiento provoca que no exista el acto jurídico.

La voluntad de los contrayentes origina el consentimiento de los mismos para contraer matrimonio, y la intervención del Oficial del Registro Civil la consideramos como la Representación del Estado manifestando la declaración de unirlos en legal matrimonio más no interviene su consentimiento. De lo anteriormente expresado se considera la aplicabilidad de los artículos 1794 y 2224 del Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales.

OBJETO.- Para que exista un acto jurídico se requiere de un objeto; en el matrimonio el objeto se determina por los derechos y obligaciones de la mujer y del hombre, o sea de los consortes. Estos derechos y obligaciones se traducen como los fines del matrimonio como son la "vida en común, ayuda recíproca, débito carnal y auxilio espiritual, la paternidad y filiación cuando haya hijos." (111) Es decir, que estos derechos y obligaciones se van a crear, transmitir, modificar o extinguirse.

Concluyendo, al respecto el matrimonio para que exista requiere

(111) OB. CIT. ROGINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción Personas y Familia. pág. 292.

del consentimiento y de su objeto cuando carezca de ello, se convertirá en un matrimonio inexistente.

SOLEMNIDAD PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

SOLEMNIDAD.- Son condiciones que debe llenar el matrimonio, en caso contrario éste no existiría jurídicamente. Por lo que, la solemnidad viene a ser un elemento esencial. Verbigracia, cuando se celebre el matrimonio civil ante cualquier persona que no tenga el carácter oficial que señala nuestra legislación, entonces encontraremos que estamos en contra de las disposiciones de orden jurídico, sin que exista, por lo tanto, dicho matrimonio .

De acuerdo con el artículo 102 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, se considerarán como solemnidades:

- Que se otorgue el acta matrimonial;**
- Que se haga constar en ella la manifestación de los consortes con la del Oficial del Registro Civil y;**
- Que se determinen los nombres, y - apellidos de los contrayentes.**

ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

Decimos, que un acto jurídico es válido cuando produce todos los efectos que la Ley determina y no está viciado. Entendiendo como invalidez cuando no reúne los requisitos de Ley. Siendo los siguientes requisitos de validez:

- a) Capacidad de las partes;**
- b) Ausencia de los vicios de la voluntad;**
- c) Licitud en el objeto, fin o condición del acto y;**
- d) Formalidad.**

CAPACIDAD.-Es un elemento de validez para el matrimonio, hay que señalar que existe capacidad de ejercicio y capacidad de goce para celebrar el acto matrimonial. Se entiende que tienen capacidad de goce los que han llegado a la edad núbil, es decir 16 años para el hombre y 14 para la mujer. Los que no reúnan esa edad no tendrán la capacidad de goce para celebrar matrimonio, salvo cuando hayan tenido hijos. La capacidad de ejercicio se determina ya teniendo la de goce y además hayan cumplido la mayoría de edad.

La falta de edad como la falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad, de los tutores o del Juez, se convierte en un

impedimento regulado por el artículo 156 fracciones I y II, viéndose afectado el acto jurídico del matrimonio como nulo.

LICITUD EN EL OBJETO.- Entendemos que cuando se dé el acto jurídico debe de ser conforme a derecho, es decir que el objeto carezca de vicios. De acuerdo a nuestra codificación vigente; ilícito "es el hecho que es contrario a las leyes de orden público, a las buenas costumbres", (art. 1830 c.c.).

Es un elemento de validez, declarándose nulo el acto matrimonial cuando concurren las siguientes causas de ilicitud:

- "Adulterio habido entre las personas que desean contraer matrimonio;

- Atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimo con el que quede libre;

- Rapto cuando la mujer no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;

- Bigamia;

- Incesto " (arts. 156 frac. V, VI, VII, 243 y 244).

FORMALIDADES.-A fin de que los actos jurídicos diesen los efectos requeridos, la voluntad tuvo que darse de acuerdo a una forma o modo determinado por la Ley. Por lo que, si los actos del matrimonio no se dan con ciertas formalidades no serán válidos. Entendiendo como formalidades:

- "Asentar en el acta de matrimonio, día y hora del acto matrimonial.**
- Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;**
- Si son mayores de edad;**
- El consentimiento de los padres, tutores, abuelos, o de las autoridades que deban sustituirlos, haciendo constar los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de las citadas personas.**
- Que no hubo impedimento o que éste se dispense;**
- La manifestación de los cónyuges si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes; y**
- Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio de los testigos y su declaración si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son en que y qué línea " (art. 102 y 103).**

AUSENCIA DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD.- Hemos dicho que el acto jurídico es el deseo de manifestar una voluntad a fin de producir efectos jurídicos, por lo que debe ser libre y consciente, y si no fué así, es decir que no es libre porque se manifestó a través de violencia y no es consciente porque se determinó por un error; cuando haya sido engañado se deduce que es dolo, cuando haya sido engañado se deduce que es dolo. Por lo que el error, dolo y la violencia vienen a hacer las tres causas que vician el consentimiento.

ERROR.- Es cuando se realiza una conducta ignorando la verdad, teniendo una noción falsa. Pero encontramos que no todo error anula el acto, por lo que existe error de hecho, de derecho o de cálculo. El error de hecho es determinado por un hecho. El error de derecho es cuando se tiene una concepción falsa respecto a una norma jurídica. Y el error de cálculo o conocido también como aritmético es cuando se tiene un concepto falso de la cantidad de que se trate.

El error de hecho y de derecho tienen los mismos efectos (art. 1813). A diferencia del error de cálculo sólo se ratifica la cantidad (art. 1814).

DOLO.-**"Es el engaño con que se celebra un acto jurídico"(112) es decir, cuando no se dice la verdad claramente, permitiendo que se realice el acto. O bien, cuando se permite que otro sujeto lo perfeccione a través de maquinaciones fraudulentas.**

Por otra parte, el dolo se caracteriza como malo, bueno, determinante e incidental. El dolo malo se dá por la falta de honradez. El dolo bueno se forma por las alabanzas, los halagos, las cualidades de la mercancía para influir en la otra persona para celebrar el acto. El dolo determinante es el que se dá por un error y sin éste el acto no se hubiese llevado a cabo. Y por último el dolo incidental es cuando el sujeto conoce la existencia del dolo, por lo que se anula.

VIOLENCIA.-**Es la coacción o la fuerza que se utiliza para obligar a alguien a realizar un acto jurídico. Es decir, que quien lo realice no es con su plena voluntad. Entendiendo que existe violencia cuando se usa fuerza física o amenazas que ocasionen la pérdida de la vida, la honra, la libertad, la salud o los bienes del contratante, cónyuge, ascendientes o descendientes, parientes colaterales del segundo grado. (art. 1819).**

(112) RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol. Tomo I. Parte General. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1965. Primera Edición. Página 47.

IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

El Código Civil ha determinado factores que por su gravedad y trascendencia destruyen el acto matrimonial, o sólo lo hacen ilícito. Cuando esos factores destruyen el acto nuestro derecho los ha llamado impedimentos dirimentes y en el caso de que sólo los haga ilícitos se conoce como impedimentos impeditivos.

Entendiendo como impedimento matrimonial, toda aquella circunstancia que prohíba la realización del acto, o para que sea ilícito.

El término dirimente proviene de la palabra latina dirimere que significa decir, romper, invalidar. Encuadrando los impedimentos dirimentes en el artículo 156 de nuestra legislación civil.

Analizaremos brevemente estos impedimentos, siendo los siguientes:

a) Edad.- Nuestra legislación vigente, nos indica la edad como impedimento dirimente, aclarándose que de acuerdo con el artículo 148 de la misma normatividad, la edad requerida para contraer matrimonio es de dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer.

Creemos conveniente que nuestros legisladores debiesen de aumentar la edad, es decir, exigir una edad cada vez mayor, adecuada a que se tenga madurez en el carácter por parte de los contrayentes y además tengan mayor preparación para todas las funciones que implica el matrimonio.

La falta de edad, presenta una nulidad relativa porque una vez teniendo hijos, o llegando a la mayoría de edad sin que haya ejercitado la acción de nulidad, ésta prescribe, en consecuencia se subsana el matrimonio.

b) La falta de consentimiento de quienes ejercen la patria potestad, Padre o Tutor o Juez.-Los que no tienen la mayoría de edad no pueden manifestar por sí solos su voluntad de contraer matrimonio, es necesario el consentimiento de sus padres o tutores. En el caso de que los padres o tutores no manifiesten u otorguen su consentimiento, los menores podrán recurrir al Juez del lugar para que lo apruebe o al Tribunal Superior. De ésto se desprende que si los menores contrajeron nupcias se originará la nulidad relativa del acto. De acuerdo a los artículos 238 o 240, asimismo los padres, tutores, o Juez deberán ejercitar la nulidad relativa del acto dentro de los 30 días siguientes, al que se tuvo conocimiento del matrimonio.

c) El Parentesco por consanguinidad en línea recta sin limitación de grado y en línea colateral hasta el segundo grado.- Cuando este impedimento es dispensado de acuerdo al artículo 241, se da una nulidad relativa, cuando no lo es, se configuraría el delito de incesto, por lo tanto estaríamos frente a una nulidad absoluta.

d) El parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna este impedimento se da cuando uno de los cónyuges se divorciara o muriera o aún existiendo el primer matrimonio, se casara con sus parientes afines ascendientes o descendientes, se constituiría el delito de bigamia como una nulidad absoluta.

e) El Adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio cuando haya sido declarado judicialmente.- Cuando uno de los cónyuges se divorcie o muera a causa del adulterio cometido por el otro cónyuge. Es decir que el matrimonio que se celebre con la persona que cometió el adulterio en vida del primer matrimonio, es nulo. En este caso no es porque se vaya en contra de la naturaleza del propio matrimonio, que es libre, sino sí se permitiese se estará en contra de la moralidad y de las buenas costumbres. Esta nulidad puede ser solicitada por el cónyuge ofendido o cuando éste no exista por el Ministerio Público, dentro de un término de 60 días, después que se celebró dicho matrimonio (art. 243). Una vez, que prescriba el término no podrá ser

ejercitada dicha acción, por lo que es nulidad relativa.

f) El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que queda libre. Constituye también un impedimento dirimente.

Si se lleva a cabo este tipo de matrimonio puede pedir la nulidad los hijos del cónyuge víctima o el Ministerio Público, dentro de los 6 meses a partir de su celebración, de acuerdo con el art. 244. Por lo mismo, una vez que prescriba el término será una nulidad relativa, de acuerdo al art. 2227.

g) La fuerza o miedo graves.- Constituye un impedimento dirimente, así como el rapto. Pero para que la fuerza o miedo grave constituya una causa de nulidad debe de concurrir las causas señaladas en el art. 245. Puede ser deducida por el cónyuge agraviado dentro de 60 días a partir de la fecha en que concluyó la violencia o intimidación, por lo que es relativa.

h) Distintas enfermedades y vicios también forman un impedimento, son las señaladas en el art. 156 fracción VIII y de acuerdo al art. 246. puede pedir la nulidad del acto cualquiera de los cónyuges dentro de un término de 60 días, después de celebrado el matrimonio, en este caso se dá la nulidad relativa.

i) El idiotismo y la imbecilidad. Se regula como impedimento dirimente y podrá ser solicitado por el otro cónyuge y el tutor del incapacitado, lo señala así el art. 247. En esta causa no hay un término por lo que siempre se puede anular el acto por el hecho de ser ejercitadas por el cónyuge o el tutor del incapacitado se considera como una nulidad relativa.

j) El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer matrimonio. De acuerdo con el art. 248, origina una nulidad relativa, puede anularse en todo tiempo por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos herederos, por los cónyuges que celebraron segundo matrimonio o por el Ministerio Público.

NULIDAD DEL MATRIMONIO

Se consideran dos tipos de nulidad: la absoluta y la relativa. La nulidad absoluta.- Se presenta como sanción del acto jurídico cuando exista ilicitud en él, se caracteriza como imprescriptible, inconfirmable y susceptible de intentarse por cualquier interesado.

La nulidad relativa.- Se dará cuando existan vicios en la voluntad, la incapacidad y la inobservancia de la formalidad; se caracteriza como prescriptible, confirmable, y sólo pueden intentarlo los perjudicados.

De acuerdo con nuestro Código Civil sólo existen dos causas que dan origen a la nulidad absoluta que es por bigamia e incesto.

De acuerdo con el art. 248, esta causa de bigamia la puede deducir el cónyuge del primer matrimonio, los hijos o herederos o los cónyuges del segundo matrimonio o por el Ministerio Público, no hay prescripción para interponerla. No siendo válido ni el primer ni el segundo matrimonio, aunque el primero permitiese la ratificación.

Incesto.- Se anula todo matrimonio que se efectúe con sus parientes consanguíneos en línea recta y colateral hasta el segundo

grado, y parentesco por afinidad en línea directa, se ejercita por los cónyuges, los ascendientes y el Ministerio Público. Sin limitación de tiempo, según el art. 242.

Concluyendo, decimos que se presenta la nulidad relativa cuando se den los impedimentos señalados en el art. 156, excepto la bigamia y el incesto que con éstos dos casos será una nulidad absoluta.

La falta de formalidad es también una nulidad relativa.

Generalmente en el acto jurídico se presenta la nulidad absoluta cuando su objeto es ilícito, sin embargo el art. 2225 señala una excepción dando lugar a la nulidad relativa. A diferencia que en el matrimonio la ilicitud del objeto dá la nulidad relativa y excepcionalmente también se dá la absoluta.

Decimos que hay matrimonios ilícitos, válidos los que señala el art. 264.

EFFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

Son con relación:

- a) a los cónyuges.**
- b) a los hijos.**
- c) a los bienes.**

Las consecuencias de la nulidad del matrimonio con relación a los cónyuges está determinado por los artículos 255 y 258. Estas consecuencias se determinan si el matrimonio fué constituido de buena o mala fe de los cónyuges. El matrimonio que es declarado nulo pero contraído de buena fé, se le conoce como putativo.

Entendiéndolo "como aquel que adolece de un vicio de nulidad, pero que fue contraído de buena fé, es decir ignorando la existencia de dicho vicio" art. 314.

Según el art. 255, el matrimonio producirá todos sus efectos civiles mientras que dure, y en todo tiempo en favor de los hijos, nacidos antes de la celebración, durante él y 300 días después de la celebración art. 256.

Buena fe "consiste en ignorar el impedimento que se oponía a la

formación del matrimonio o el vicio que ha hecho insuficientes las formalidades de su celebración.

En relación con los hijos: Los que no sufren las consecuencias de nulidad del matrimonio de sus padres, según lo determina el art. 255 y 256, aunque haya sido constituido de mala fe. Por lo tanto, tiene el derecho de exigir alimentos y de heredar, estos derechos se derivan de la filiación misma y no del matrimonio. Así como los padres tienen derecho de ejercer la patria potestad, arts. 259 y 260.

En relación con los bienes: Si los cónyuges actuaron de buena fe se repartirán los bienes, si sólo actuó de buena fe uno, los bienes serán íntegros para él. Y si los dos obraron de mala fe los bienes serán para los hijos, Art. 261.

Existe un efecto especial de la nulidad del matrimonio, cuando la mujer esta en cinta, para esto se considerará lo que señale el capítulo primero, título quinto del libro tercero del Código Civil.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO

- I. Entre consortes.**
- II. En relación a los hijos.**
- III. En relación con los bienes.**

I. Entre consortes.- Sus efectos son: 1. El derecho a la vida en común, con la obligación correlativa de la cohabitación; 2. El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente; 3. El derecho a la fidelidad de cada uno de los esposos; 4. El derecho y obligación de alimentos, en cuanto a exigir asistencia y ayuda mutua.

1. El derecho a la vida en común.- Es la base de la existencia de un matrimonio, y de ella se deriva toda una regulación jurídica.

2. El derecho a la relación sexual.- Es un efecto que se dá entre los consortes para que se dé la procreación y se funde la familia. Por lo que, no es solamente biológica sino jurídica.

3. El derecho a la fidelidad.- El guardar fidelidad es una obligación para ambos cónyuges, se prohíbe el adulterio con la sanción penal correspondiente y en materia civil la sanción es el divorcio. En nuestro derecho no hay ya diferencias en cuanto a la forma de

cometerlo y sancionarlo. Respecto a la mujer y al hombre, las sanciones son semejantes para ambos cónyuges.

4. El deber de socorrerse y ayudarse mutuamente.- Este deber descansa en la solidaridad familiar que es también una obligación que encierra una condición moral, y por lo tanto amor para socorrerse, así mismo es una condición patrimonial, siendo reconocido por nuestro derecho en su art. 147 y 162 en los términos de "ayuda mutua" y "socorro mutuo".

CONDICION JURIDICA DE LA ESPOSA.-La capacidad jurídica de la mujer antes de la legislación de Relaciones Familiares era totalmente restringida para ser exactos y como lo hemos venido analizando los Códigos Civiles de 1870 y 1884 del Distrito y Territorios Federales, regulaban la incapacidad jurídica de la mujer en general, es decir si ésta fuese soltera, viuda o casada. Pero afortunadamente con la Ley sobre Relaciones Familiares se abre la luz para comenzar a otorgar los derechos que la mujer debe tener. Actualmente con nuestro Código de 1928, la mujer goza de los mismos derechos y obligaciones como el hombre. Por lo que, en el seno familiar la mujer tiene la misma autoridad que el hombre y los dos ejercen la patria potestad sobre los hijos. En el art. 2 del Código Civil, como ya se señaló, declaró "La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia la

mujer no queda sometida por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles".

Es decir, que el Código Civil vigente no regula ninguna incapacidad jurídica para la mujer en la celebración de actos jurídicos, en la comparecencia de juicios y para desempeñar determinados cargos. Determinado, con la reforma constitucional del art. 4 de 1974, donde se borra cualquier diferencia que haya quedado de las legislaciones anteriores para la mujer en relación al hombre.

Como lo hemos descrito con el Código de 1870 y 1884 el hombre ejercía la potestad marital sobre la mujer, es decir era su representante legal. Por lo que, la mujer sin licencia marital por escrito no podía comparecer en juicio, ni aún en los pleitos comenzados antes del matrimonio, tampoco podía sin licencia del marido adquirir por título oneroso, gravar ni enajenar bienes, ni obligarse. Cuando el marido se encontraba ausente dicha licencia la concedía el Juez, sin embargo existían excepciones para que la mujer actuara sin esa licencia como eran los casos en que la mujer se defendiera en juicio criminal, litigar con su marido, disponer de sus bienes por testamento.

Concretando a partir de la Ley de Relaciones Familiares, no se

regula la potestad marital.

II. EN RELACION A LOS HIJOS:

- 1. Para atribuirles la calidad de hijos legítimos;**
- 2. Para legítimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres.**
- 3. Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.**

1. Se consideran hijos legítimos a los concebidos de acuerdo a lo que señala el art. 324.

2. Se legitiman a los hijos concebidos antes del matrimonio con el subsecuente matrimonio de los padres, regulado así por los artículos 354 y 359.

3. Para ejercer la patria potestad no se toma en cuenta si un hijo sea natural o legítimo esta diferencia no la regula el Código de 1928, el efecto de la patria potestad la tiene en favor y a cargo de los padres, abuelos ya sean paternos o maternos conforme al artículo 420.

III. EN CUANTO A LOS BIENES: Al celebrarse el matrimonio los cónyuges determinarán bajo que régimen se unirán y quedará asentado en el acta. Siendo estos el de separación de bienes o sociedad conyugal.

Los consortes deben celebrar un contrato, a fin de determinar la forma en que se van a regular sus bienes. Este contrato recibe el nombre de "capitulaciones matrimoniales". El art. 179 del Código Civil, define a las capitulaciones matrimoniales como el pacto que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y otro caso.

Para crear la sociedad conyugal se requiere el consentimiento de ambos consortes para aportar determinados bienes, creando así una personalidad jurídica distinta de las personalidades de los consortes y con patrimonio propio regulado por el art. 183 al 206. La sociedad conyugal tiene por objeto la aportación de bienes para formar el patrimonio familiar. La sociedad conyugal puede terminar por acuerdo de los cónyuges, por divorcio, nulidad o muerte.

Régimen de Separación de Bienes en el Matrimonio.- En este régimen cada cónyuge conserva la propiedad de sus bienes los

adquiridos con anterioridad y los de posterioridad, así como su administración, regulado por el art. 207 a 218.

Una vez analizado el matrimonio como acto jurídico; decimos que el matrimonio es el eje de todo sistema familiar, por lo que la unión de un hombre y de una mujer sin matrimonio es reprobada por nuestra sociedad y degradada por nuestro derecho a una figura del concubinato, que más adelante comentaremos.

A partir del 9 de Abril de 1917, la familia se basó en el parentesco por consanguinidad y en la filiación legítima y natural. Debido a ésto el matrimonio deja de ser un supuesto jurídico para regular las relaciones jurídicas de paternidad, maternidad y patria potestad. Nuestro Código Vigente reconoce igualdad de derechos para los legítimos y naturales otorgando el reconocimiento a los habidos en el concubinato.

Entendiendo por legitimación aquella "situación jurídica, por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos con todos los derechos y obligaciones que correspondan a esta calidad" (Art. 354 y 355).

Es decir, que los padres reconocen a los hijos naturales ya nacidos

o sólo concebidos. Entendiendo por naturales aquellos que nacen de una unión extramatrimonial, sin que hubiese impedimento para celebrar matrimonio.

Concretando, nuestro Código reconoce la legitimación sin hacer diferencias, tampoco distingue a los adúlteros o incestuosos.

Esta clasificación la legislación vigente la borró, toda vez que un ser inocente no es responsable de su engendración, por lo que no tiene que llevar a cuesta toda su existencia una condición peyorativa. El Código Civil de 1928, prohíbe toda anotación en el acta de nacimiento que lo distinga como natural, adúltero ó incestuoso.

Haciendo hincapié, la legislación vigente equiparó para todos los efectos legales en cuanto se refiere a la relación jurídica del parentesco, alimentos, patria potestad, tutela, el nombre, domicilio, sucesión, derechos y obligaciones de los hijos, a los naturales y legítimos sin hacer diferencias entre ellos.

Con esta determinación de nuestro Código, no implica que el matrimonio deje de ser la institución fundamental de la sociedad, y por lo tanto del derecho familiar. Ya que otorgar igualdad de derechos y obligaciones a los naturales que a los legítimos, no es un

derecho que la sociedad determina, sino es un derecho otorgado por la naturaleza misma.

Además, esa igualdad justa y humana. Sin embargo, consideramos, que la vida sexual siempre, debe estar regulado por el Estado, a través del matrimonio como una vida permanente compartiendo lo biológico y lo espiritual.

En lo que se refiere al concubinato, esta figura no se considera como un hecho ilícito para sancionarlo, ni un hecho lícito para que produzca relaciones jurídicas entre las partes. Nuestro sistema lo considera como un hecho jurídico, como sería la amistad, o los convencionalismos sociales.

Sin embargo, se reconocen derechos para la concubina en el sentido de los alimentos y para heredar en el caso de que tuviese hijos. Como hemos descrito en la legislación romana el concubinato se equipara al adulterio. En el caso de heredar la concubina, el artículo 1635, dispone que si la concubina vivió cinco años con el de cujus podrá heredar, o bien si tuvo hijos, siempre y cuando el de cujus no haya celebrado matrimonio y no haya tenido más concubinas.

Nos parece justo, que surta efectos el concubinato, pero sólo en relación con los hijos, ya que éstos no son responsables de los actos de sus progenitores. Pero en lo que se refiere a la concubina no debe de existir ninguna relación jurídica cuando éste haya celebrado matrimonio. Porque si se reconocen derechos a la concubina, la mujer unida con un hombre a través del matrimonio se le denigraría además se volvería a la poligamia lo que daría lugar a que el matrimonio monogámico desapareciera, y con ello la familia, derrumbandose así los cimientos de una sociedad.

Asimismo, nuestro Código reguló un divorcio vincular, es decir que se disuelve el vínculo matrimonial dando facultad a la pareja para volver a contraer un nuevo matrimonio. Siendo reguladas dos figuras, el divorcio necesario y el voluntario. El primero regido por el artículo 267 del ordenamiento mexicano. El divorcio voluntario, es el acuerdo de voluntades de los cónyuges para separarse, y llenando determinados requisitos señalados por el artículo 272, la pareja podrá acudir ante el Oficial del Registro Civil, para que éste levante el acta donde dé por terminado el matrimonio, o en su caso acudir ante el Juez para que éste lo decrete.

Al respecto, anotamos que el divorcio no sólo incumbe a los cónyuges, sino al Estado por intervenir los intereses de una familia. El divorcio representa la solución de una vida intolerable

pero asimismo, está en contra de los principios morales de la sociedad mexicana. Provocando daños en la conducta de los hijos, pero es más dañino e inmoral el encubrir un adulterio, el intento del marido de prostituir a la mujer, el corromper a los hijos o la calumnia de un cónyuge contra el otro.

El divorcio viene a destruir la institución de la familia, ya que ésta proclama la unión, y el divorcio determina la desunión, desaparece el vínculo matrimonial, y por lo tanto destruye el hogar.

Debemos de señalar que nuestro Código Civil, es la obra clara que continúa y concluye la iniciada por la Ley de Relaciones Familiares.

Como hemos analizado el matrimonio se ha basado y se basa en principios morales, religiosos y jurídicos.

Para concluir decimos, que el matrimonio es el origen de la familia base de toda sociedad, que en la evolución de la historia de la humanidad se ha enfrentado a diversos bemoles, siendo hoy en día una institución libre, justa y equitativa para sus miembros.

EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION

El matrimonio como Institución Jurídica, es la primera y más importante. Su antigüedad y su importancia en la historia del ser humano la colocan en la cumbre de las Instituciones. El matrimonio y por lo tanto la familia son la base la estructura primaria de toda la vida humana.

El punto inicial en que ha llegado toda investigación es la familia, ha existido en todo lugar y en todo tiempo donde ha habido un hombre ya sea histórico o contemporáneo.

Podemos decir, que han existido épocas y países sin Estado, pero no a existido una vida humana sin que haya en ella una relación familiar.

El matrimonio se basa en una relación natural, que es la de sexo y es la unión para conservar la especie humana, per más que nada es la voluntad psíquica que mantiene unido a un hombre y una mujer en matrimonio.

Según la Sagrada Escritura, Dios instituyó en el paraíso el matrimonio como una unión indisoluble, desde el momento en que "Dios durmió profundamente a Adán y mientras dormía tomo una

de sus costillas y cerro la carne en su lugar. Y de la costilla que Dios tomo del hombre, hizo una mujer y la trajo al hombre;

Dijó entonces (Adán; Esta es ahora hueso de mis huesos y carne de mi carne; será llamada varona, porque del varón fue formada).

Por lo tanto, dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer y serán una sola carne". (112)

De acuerdo con ésto, es una relación natural, íntima, determinada por Dios, para que haya descendientes y se ayuden mutuamente.

El haber caído en pecado la primera mujer y hombre no se pudo conservar la pureza del matrimonio que consistía en su unidad y en su indisolubilidad. Con el divorcio se abrió la puerta al libertinaje y a la poligamia. Pero a pesar de esta degradación el matrimonio se sigue conservando como algo importante, no tan sólo en lo religioso, sino también en la vida civil, por lo que se ha condenado y se condena el divorcio.

El matrimonio es la unión por Dios entre un hombre y una mujer,

(112) OB. CIT. PALLARES, Eduardo. El divorcio en México. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 1984. Cuarta Edición. Página 7.

es una unión sacramentada por lo divino y respetada por los derechos humanos.

De lo anterior, decimos que al ser el matrimonio una unión natural es una verdadera institución. Y por estar regulado por el Estado es una institución jurídica entendiéndola: "Como un compuesto de reglas de derecho, que constituyen un todo orgánico y que comprende una serie indefinida de relaciones, derivadas todas de un hecho único fundamental, considerando como punto de partida y como base".(113)

Para Eduardo Pallares, es un "conjunto de normas jurídicas, debidamente unificadas, que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial".(114)

Así mismo, se concibe también "como un conjunto de normas con carácter jurídico encargadas de regular todo un sistema con una misma meta".(115)

(113) OB. CIT. BONNECASE, Julien. La Filosofía del Código de Napoleón. Aplicada al Derecho de Familia. Página 214.

(114) OB. CIT. PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Página 37.

(115) OB. CIT. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia. Página 293.

De las definiciones antes citadas las entendemos, que todo cónyuge su finalidad es de constituir una familia unida y bajo una misma dirección determinado por el hombre como por la mujer de acuerdo con la igualdad que se les dió con nuestro derecho actual.

No en todo tiempo se ha considerado el matrimonio como institución. Pudiendo así señalar que en tiempo de Napoleón Bonaparte, se inobservó totalmente esta concepción del matrimonio. Teniendo así que la familia moderna ha perdido la estabilidad que tenía la familia en Roma y en la Edad Media.

La digresión moral que sufrió, obedeció a que sus miembros buscaban sus propios intereses, sin importarles la unidad familiar.

Aunque, se puede decir que lo que se ha perdido es la forma autárquica que predominó en la familia frente al Estado. El Estado ahora interviene en una forma protectora del matrimonio y por lo tanto de la familia estableciendo reglas para proteger sus fines naturales como es la procreación, el amor, y ayuda mutua.

Sin embargo, el que no se haya sabido defender al matrimonio como institución, obedeció a que en el siglo XIX, se le dió una prioridad al acto jurídico, y especialmente al contrato como algo fundamental para las relaciones de todo ser que habite la tierra.

Esta idea del contractualismo fué obteniendo un auge tremendo en las sociedades modernas, siendo inexistente el matrimonio como institución jurídica, se afirmaba ya en el siglo XIX, que la ley tiene una base contractual, lo que se ratificó, en ese entonces, con la teoría contractualista de Rousseau.

Por lo que, afirmamos que el divorcio es un mal social convirtiendo al matrimonio en una institución frágil, llevando a los esposos a satisfacer pasiones temporales.

Asimismo, el matrimonio es una institución porque con él se constituye la base de la familia legítima, de él se derivan el estado de los cónyuges, padres e hijos, y si no existiese la figura del matrimonio legítimo tampoco existirían las relaciones de parentesco legítimo y por lo tanto de afinidad.

Si la mujer y el hombre no se unieran a través del matrimonio, su relación sólo sería de hecho, conocida como la figura del concubinato, pero siempre agredida por la sociedad, toda vez que no es reconocida por el derecho, sólo tolerada.

En otras palabras, que aunque el derecho dispone jurídicamente del concubinato, las personas de sexos opuestos que se unen libremente, aunque en escala menor, son menospreciados en el

núcleo social mexicano.

La sociedad y el estado tienen como base de existencia a la familia legítima siendo su origen el matrimonio, por lo que éste tiene una gran importancia social y política, y por esta importancia el Estado considera pertinente regular sus elementos constitutivos de existencia y de validez, así como sus efectos, cuyas normas serán observadas por todos los habitantes del país de México.

El matrimonio más que una institución jurídica es una institución de amor. Desde la creación del ser humano es considerada como punto principal de la sociedad. El amor que exista entre los cónyuges es lo que determina su unión por eso decimos que es una institución de amor.

El matrimonio que persigue una unión con amor, va a provocar que existan naciones en paz, porque sus gobernadores saldrán de familias pacíficas por el amor, por lo que buscarán también amor y paz para sus naciones.

Asimismo, la existencia de la institución del matrimonio se consagra en su fidelidad no sólo debe guardarla la mujer sino también el hombre ya que como dice San Jerónimo: "lo que está

prohibido a las mujeres lo está igualmente en el hombre".(116)

Por lo que, el amor es la esencia más absorbente que pueda sentir un individuo al grado de comprometer su vida compartiéndola con otro individuo formando un sólo ente fusionado por ese amor. Por lo que, la naturaleza misma quizo que se respetara a través del matrimonio. Por esto consideramos que el matrimonio por su antigüedad y trascendencia en la historia de la humanidad es la Institución cumbre de todas las Instituciones habidas y por haber.

Concretando, decimos que es una verdadera Institución, porque encierra altos valores morales y naturales.

(116) IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 1978. Primera Edición. Página 54.

EL MATRIMONIO COMO CONTRATO

En un principio de la historia, es decir en la era romana, el matrimonio no era un contrato, porque no existía el consentimiento principalmente por parte de la mujer. Después, para la Iglesia el matrimonio ha sido un sacramento, ya que Dios unió a Adán y a Eva en un matrimonio indisoluble, considerándolo como contrato sólo cuando se realiza sin la intervención de sacerdotes.

Es decir, que el matrimonio en sus orígenes no se considero como un acto jurídico, sino como un hecho separado al derecho, posteriormente se consagraba con actos religiosos y por último se sintió la necesidad de otorgarle un carácter jurídico en el Derecho Civil. Pero esto no implica que el matrimonio por ser regulado jurídicamente deje de ser una institución con un alto valor natural, moral y por lo tanto civil.

La naturaleza orgánica de la familia se ha destruido desde el Código Civil de 1804, donde empezó a ser considerado el matrimonio como un contrato por sus redactores. Siendo esta idea influenciada aún más con el Contrato Social de Rousseau, donde señala la teoría contractual de la familia "la más antigua de todas las sociedades, y la única natural es la familia, pero los hijos sólo

permanecen unidos al padre, por todo el tiempo que necesitan de él para vivir. Tan pronto como cesa esta necesidad, se disuelve el lazo natural. Los hijos no sujetos ya a la obediencia que debían a su padre, son independientes, los padres también porque ya no tienen que cuidar a sus hijos. Si continúan permaneciendo unidos, no es ya natural, sino voluntariamente y la familia sólo se mantiene por una convención. Esta libertad común es consecuencia de la naturaleza del hombre".(117)

Sin embargo, los legisladores de 1804, no querían ver al matrimonio como un contrato, pero lo hicieron desde un punto de vista económico, ya que el patrimonio tenía que ser regulado; ésto es confirmado por el artículo 1101 del Código en mención, al definir al contrato como "un convenio por el cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa". Dicho precepto regula la libertad de la voluntad. "La voluntad es soberana en la formación, efectos y disolución del contrato. En esto reside lo característico del

(117) BONNECASE, Julien. La Filosofía del Código de Napoleón. Aplicada al Derecho de Familia. Traducción por José Ma. Cajica. Editorial José Ma. Cajica. Puebla, México, 1945. Distribuidores Porrúa. Primera Edición. Página 11 y 13.

contrato tal como fue concebido por el Código Civil de 1804".(118)

Asimismo, los redactores de 1804, ahondan más que el matrimonio es un contrato, ya que, para darse el matrimonio se requiere el consentimiento libre de las partes, y éste o sea, el consentimiento libre de las partes, y ste o sea, el consentimiento constituye la esencia del contrato, señalado así por el artículo 1008.

En el caso de que existan vicios del consentimiento, éste se disolverá porque no cumplira con uno de sus fines, la libertad de voluntad para formar el contrato de matrimonio.

Por lo que, si dos voluntades han formado algo libremente, de esta misma manera lo pueden disolver. "Los contratos legalmente celebrados. No pueden ser revocados sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley". (art. 1134).

A pesar de que los redactores del Código de 1804, argumentaron que el matrimonio era un contrato, en su interior sabian que el matrimonio no era un contrato, y si lo era, era distinto a los demás

(118) OB. CIT. BONNECASE, Julian. La filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de la Familia. pág. 171.

contratos que existían, sin embargo no se atrevieron a decirlo y no supieron como hacerlo.

En nuestro país el matrimonio se instituyó de acuerdo a los lineamientos eclesiásticos desde la dominación española hasta el 23 de Julio del año de 1859, donde el Presidente Don Bénito Juárez, promulgó la Ley de Actos Civiles y el Registro Civil.

Desde este momento se constituyen los requisitos de validez y de existencia para la celebración del matrimonio como contrato. Pero era considerado como un contrato indisoluble para nuestros Códigos ya comentados, es decir el de 1870 y 1884. Siendo disoluble hasta con la Ley del 29 de Diciembre de 1914, dicha disposición recogida por la Ley de Relaciones Familiares de 1917, antes comentada.

En nuestro derecho mexicano actual, al matrimonio lo conciben como un acto Jurídico, desde su celebración propicia el surgimiento de un conjunto de relaciones Jurídicas en los cónyuges.

El matrimonio es un derecho y un deber que va desde la "protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los

cónyuges"(119).

Sin ser precisada con exactitud su naturaleza jurídica, generalmente se considera como un contrato ordinario, es decir igual que los demás regulados, que reúnen todos sus requisitos esenciales y de validez del acto jurídico.

Determinado como contrato por Planiol, que nos dice, que el matrimonio es el "acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la Ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad". (120)

Para Pothier, concibe el matrimonio "como un acto excelente y antiguo"(121). Es excelente porque la sociedad está interesada en él y antiguo porque fué el primer contrato que celebraron los hombres desde que Dios formó a Adán y a Eva.

De lo anterior, consideramos que el matrimonio no es un contrato

(119) OB.CIT. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General Personas-Familia. Página 471.

(120) Idem. Página 473.

(121) OB. CIT. BONNECASE, Julien. pág. 169.

común, es decir es un contrato especial. Toda vez, que el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer cuya unión se realiza a través de su consentimiento expresado ante el Oficial del Registro Civil, quien una vez teniendo la declaración del consentimiento de los consortes los declara unidos en matrimonio.

La celebración del matrimonio ante el Oficial del Registro Civil, es un acto jurídico, lo que significa para las partes sólo la situación jurídica de esposos. A diferencia de que un contrato, por ejemplo el de compraventa existirá un deudor y un acreedor, es decir que tienen un carácter jurídico diferente a la situación que se dá en el matrimonio.

Si no consideramos al matrimonio como un contrato común, mucho menos lo determinamos como un contrato de adhesión, señalado así por varios doctrinarios, porque una de las partes no puede imponer a la otra todos los derechos y todas las obligaciones.

Teniendo así, a León Duguit, quien afirma que el matrimonio es un acto condición atendiéndolo como "aquella situación creada y regida por la Ley, cuya creación tiene lugar a la celebración de

ese acto". (122)

Es decir, que surtirá sus efectos jurídicos el acto condición cuando se reúnan todos los requisitos señalados por Ley.

Por lo que respecta como poder Estatal, Cicu lo entiende como cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes sino en razón del pronunciamiento del Oficial del Registro Civil, que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la Ley.

Al respecto creemos que no es suficiente la pronunciación del Oficial, porque si los consortes no manifiestan su voluntad de unirse de poco serviría que el Oficial lo determinará.

Por lo que respecta a nuestro Código Civil vigente, concibe al contrato como:

"El convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos toma el nombre de contrato".

(122) DUGUIT, León. Las Transformaciones del Derecho Privado Desde el Código de Napoleón. Traducción de Carlos G. Poasada. Editorrial Blass y Compañía. Imprenta Madrid, 1912. Primera Edición. Página. 476

En cuya definición encontramos que el objeto del contrato se refiere meramente a cosas. Por lo que volvemos a sentar que el matrimonio no es un contrato, porque su naturaleza no es patrimonial, sino se perfecciona por el amor de los consortes, es decir por su consentimiento.

Creemos que el matrimonio se rige desde dos puntos de vista, el primero que es la unión de dos personas de diferente sexo que se unen para la procreación y asistencia mutua, y el segundo que regula los bienes que pertenecen a los cónyuges.

En base a estos dos puntos de vista, se dice que el matrimonio es un contrato consensual porque se perfecciona con el consentimiento. Pero no es un contrato simple, común, sino es un contrato especial, porque un hombre y una mujer dan su consentimiento para entregarse completa y recíprocamente. Además porque el consentimiento que los une encierra en el matrimonio un valor moral altísimo. Y por ser una grande Institución Social que nace del consentimiento de los cónyuges, recibiendo del Estado su forma, sus normas y sus efectos.

Haciendo hincapié, el matrimonio no se perfecciona con el pronunciamiento del Oficial del Registro Civil, como ya se dijo, sino con el consentimiento de los contrayentes, porque aunque el

Oficial quisiera pronunciar un matrimonio sin el consentimiento de los pretendientes no existiría tal matrimonio. El Oficial al recibir la declaración del consentimiento sólo pronuncia en nombre de la Ley que las partes han quedado unidas en matrimonio. Es decir, sólo afirma la declaración de los cónyuges, su intervención es necesaria pero no cambia la forma del matrimonio, o sea el consentimiento de la unión de los cónyuges.

Concluyendo el matrimonio es un contrato especial porque interviene para su perfeccionamiento sólo el consentimiento de los consortes, y la representación del Estado.

Desde el punto de vista económico y financiero el matrimonio no es un contrato como los otros, porque los contratos diferentes al matrimonio sus intereses son meramente para los contratantes sin que haya un sólo interés por parte de la sociedad. En cambio en el matrimonio se interesa que exista una seguridad en sus bienes, por eso los regula jurídicamente, ya que de ellos va a depender la concordia y la prosperidad de la unión conyugal. Por lo que, no es un contrato del derecho patrimonial, sino es un contrato especial del derecho familiar.

En caso de que el Estado no hubiere regulado los bienes de los consortes peligraría la seguridad del matrimonio.

Asimismo, el matrimonio no es un contrato común, porque no se puede celebrar convenio respecto a los deberes matrimoniales, a su ámbito y duración, ésto se regirá de acuerdo a sus sentimientos, es decir a una Ley de orden superior. Tampoco se puede celebrar con cualquier persona como se celebra cualquier contrato, sino con alguien determinado con quien se une por mutuo afecto y simpatía engendrado por Dios ó por lo naturaleza.

Por último el matrimonio no es un contrato porque no es sometido ni a condición ni a término, ya que si se estableciera no se perfeccionaría; y si se constituyó al divorcio como medio de terminar el matrimonio, cuando se quiera, se está provocando, con esa figura el debilitamiento de toda sociedad para volver a caer en una promiscuidad de relaciones conyugales temporales.

Con el divorcio se olvida que el matrimonio descansa en el amor y paz duradera, con ésto la sociedad humana ha sido atacada en sus cimientos y amenazada por derrumbarse completamente.

Concluyendo el contrato de matrimonio por lo que se refiere a "sus elementos de validez y de existencia, la capacidad de los contrayentes, los vicios del consentimiento, la forma y los efectos tienen una regulación jurídica totalmente diferente a los demás

contratos". (123)

Por lo que, el matrimonio es una combinación de espíritu, materia, religión y derecho.

El matrimonio no es un contrato porque surge de la naturaleza y se ejecuta con un impulso del libre albedrío.

Podemos decir, que la concepción contractual del matrimonio es antisocial y antinatural.

El fin del matrimonio no es crear obligaciones entre las personas como se señala en un contrato, su fin es superior es crear una nueva unión donde se procure amor y bienestar, no como una obligación sino como necesidad humana.

Como ya se dijo, la unión entre el varón y la mujer es un hecho natural, pero a efecto de que ese hecho natural perdure y se respete fue necesario organizarlo y sancionarlo por medio de relaciones jurídicas en forma especial y diferente.

(123) CALOGERO, Gangi. Derecho Matrimonial. Traducción Miguel Moreno Hernández. Editorial Aguilar. Madrid, España, 1960. Tercera Edición. Página 36.

Esta seguridad que dá el Derecho provoca que la familia se respete más como una verdadera y grande Institución cumpliendo sus fines naturales, sociales y por lo tanto económicos.

Concretando, el matrimonio es más que un contrato porque tiene una concepción más elevada y más completa que un contrato común. Un contrato se puede alterar de acuerdo a derecho y un matrimonio no sólo tiene los fines que el derecho impone, sino también observa fines morales, religiosos y sociales, de los cuales los cónyuges se sienten obligados a observar.

El matrimonio tiene alcances sin límites, porque crea a una familia, por eso no es un contrato y menos común.

Esta seguridad que dá el Derecho provoca que la familia se respete más como una verdadera y grande Institución cumpliendo sus fines naturales, sociales y por lo tanto económicos.

Concretando, el matrimonio es más que un contrato porque tiene una concepción más elevada y más completa que un contrato común. Un contrato se puede alterar de acuerdo a derecho y un matrimonio no sólo tiene los fines que el derecho impone, sino también observa fines morales, religiosos y sociales, de los cuales los cónyuges se sienten obligados a observar.

El matrimonio tiene alcances sin límites, porque crea a una familia, por eso no es un contrato y menos común.

CONCLUSIONES :

PRIMERA.-En los orígenes de la Familia Romana (domus) la hegemonía radicó exclusivamente en el Patriarcado, estableciéndose el parentesco: El Natural o Cognatio y el Civil o Agnatio. El primero es el que unía a personas que descendían unas de otros o bien de un autor o tronco común. Entre tanto el agnado se deriva de la autoridad del paterfamilias.

SEGUNDA.-Familia o Domus significa la reunión de personas sometidas a la potestad o a la manus de un pater familias, en la cual están incluidos los descendientes que están bajo el poder de pater y a la mujer in manus que se tomaba como hija (loco filiae). Tomando en cuenta lo anterior, la familia era considerada como una unidad política, económica y religiosa, sometida al régimen patriarcal y representada por el poder absoluto del pater familias que podía ingresar a su patrimonio todo lo que adquirían los individuos que están bajo su potestad. Asimismo, fungía como sacerdote del culto doméstico (Sera Privata).

TERCERA.-Asimismo, con el correr del tiempo se entendió en Roma como familia, a la reunión de personas ligadas por un vínculo natural o de sangre, por descender unos de otros o de un autor común (cognatio).

La familia era un pituso cuerpo organizado, una pequeña sociedad formada por un jefe y su propio gobierno.

CUARTA.-La Religión es un fundamento de conciencia y de convicción que la familia romana veía o sentía en las fuerzas naturales y en la de los muertos (Dioses manes), siendo indiscutible que la religión era determinante en la conformación de las estructuras familiares donde el paterfamilias se convierte en un sacerdote doméstico. Por lo que, consideramos que aún cuando la religión no es quién ha creado a la familia; sin embargo, ella le ha dado sus propias reglas (una familia).

QUINTA.-La Ley de las XII Tablas, fué una codificación del derecho consuetudinario romano considerada como Ley fundamental en la monarquía en cuanto a la regulación de las potestas paternas.

SEXTA.-El Corpus Iuris Civilis es un legado del Derecho Romano Bizantino Clásico Helénico, por el que se establecen normas jurídicas tendientes a la equidad entre los cónyuges.

SEPTIMA.-El matrimonio romano es una institución jurídica que exigio solemnidades y la intervención ya sea civil o religiosa, perfeccionándose cuando la mujer se sometía a la potestad de un

paterfamilia ya sea en la forma de confarratio, coemptio o usus, cuando se tratába del matrimonio cum manus.

OCTAVA.-La teoría jurídica del matrimonio como contrato es insuficiente. Nos adherimos a la idea de que debe considerarse al matrimonio como una institución de orden público.

NOVENA.-Para los comienzos de la era cristiana, entendiéndose ésta como la oficialización del cristianismo en Roma, el matrimonio se disolvía con la muerte de los cónyuges. En el derecho Romano se regula la disolución por falta de capacidad (capitis de minutio máxima y mínima) o por la desaparición de la voluntad de vivir como marido y mujer de ambos cónyuges o de uno de ellos (affectio maritalis). El matrimonio por la confarreatio, se disolvía con el difarreatio. Por su parte la coemptio por la renuncia de los cónyuges (remancipatio o emancipatio).

DECIMA.-El concubinato era una unión de un hombre y una mujer o de dos personas de diferente sexo que vivían una relación de orden inferior y a fin de que no se considerara ésta un ilícito, debería de ser el concubinato en forma permanente. El ordenamiento jurídico no le reconoció efecto alguno, hasta con Augusto recibió su denominación. Por lo que toca al contubernio por su unión entre los esclavos tampoco se le conceden ningún efecto jurídico.

DECIMA PRIMERA.-La Ley de Relaciones Familiares de 1917, fué un ordenamiento que reguló a la familia sobre principios más racionales y justos, con objeto de que los cónyuges dieran debido cumplimiento a los fines que les impone la sociedad y la naturaleza, consistentes en prorrogar la especie y fundar la familia.

DECIMA SEGUNDA.-En el Código civil de 1932, el espíritu de los legisladores consistió en regular una teoría contractualista al matrimonio, implementándolo jurídicamente en forma legal y moral, la unión marital y el vínculo entre los cónyuges. Por lo tanto, el matrimonio fue considerado como una vida en común entre un varón y una mujer que debía estar impregnado de conciencia y respeto mutuo a su libertad como seres humanos que se perfeccionaba formalmente con la intervención de funcionarios o sacerdotes, siendo el amor el factor determinante para su duración.

DECIMA TERCERA.-No obstante a lo anterior, debe decirse que consideramos al matrimonio como una institución porque su objeto fundamental es preservar un conjunto de estimativas jurídicas, ideales que conforman la base de una nueva familia la cual a su vez es el cimiento de la compleja sociedad en que vivimos.

Se necesita un nuevo marco jurídico, dada la compleja dinámica de la realidad social, que prevalece en comunidades cambiantes como la nuestra; es menester jurídico y en particular legislativo, reformular el marco legal en que se encuadre el matrimonio, siempre en base de un profundo conocimiento de las raíces de una figura tan arcaica como la institución en estudio, en aras de lograr su adecuación a las necesidades contemporáneas para asegurar en el futuro el cabal cumplimiento de su propósito como una institución en la sociedad.

DECIMA CUARTA.-El matrimonio no es un contrato, es además una íntima comunidad entre los cónyuges, y es también una institución natural con fines propios que no quedan a voluntad de los contrayentes, sino que aceptado el matrimonio se imponen a los mismos contrayentes y no pueden ser modificados por ellos, ya que no pueden cambiar su propia naturaleza espiritual y natural del hombre. Existen una serie de caracteres fundamentales que por derivar de la naturaleza humana han estado presentes en todos los tiempos de la historia y en todos los pueblos de la tierra como era su ideal alcanzar; aunque de hecho en algunas épocas históricas las leyes positivas no hayan respetado esas características de la institución natural, ya que el hombre siendo libre, también tiene la posibilidad de ir contra sí mismo, perjudicándose y desorganizando la sociedad en que vive.

Estas características derivadas de la naturaleza son la sexualidad y la sociabilidad:

Entendiendo como sexualidad no solamente el instinto sexual, sino el cumplimiento psicológico y de aptitudes necesarias para que exista la humanidad y a su vez, la humanidad necesita de la sexualidad para seguir existiendo. Tanto el hombre como la mujer necesitan para su mejor realización el complemento físico y psíquico del otro, ambos se complementan. El sexo lleva diferencias de aptitudes, diferencias psicológicas, diferentes modos de ver la vida y de afrontar los problemas que la existencia presenta y la diferencia de sexo no es sólo orgánica, sino principalmente psicológica y afectiva.

El matrimonio se nos presenta como una de las formas más aptas de desarrollar y enfocar correctamente la sexualidad de cada ser humano.

En relación a la sociabilidad, el hombre necesita forzosamente a otras personas a fin de desarrollar y lograr su perfección espiritual; es por ésto que la sociedad existe por la misma exigencia de la naturaleza espiritual del hombre. Este necesita aprender y educarse y solo lo puede hacer en sociedad. Así tenemos que la sexualidad se complementa con sociabilidad. El matrimonio viene

Estas características derivadas de la naturaleza son la sexualidad y la sociabilidad:

Entendiendo como sexualidad no solamente el instinto sexual, sino el cumplimiento psicológico y de aptitudes necesarias para que exista la humanidad y a su vez, la humanidad necesita de la sexualidad para seguir existiendo. Tanto el hombre como la mujer necesitan para su mejor realización el complemento físico y psíquico del otro, ambos se complementan. El sexo lleva diferencias de aptitudes, diferencias psicológicas, diferentes modos de ver la vida y de afrontar los problemas que la existencia presenta y la diferencia de sexo no es sólo orgánica, sino principalmente psicológica y afectiva.

El matrimonio se nos presenta como una de las formas más aptas de desarrollar y enfocar correctamente la sexualidad de cada ser humano.

En relación a la sociabilidad, el hombre necesita forzosamente a otras personas a fin de desarrollar y lograr su perfección espiritual; es por ésto que la sociedad existe por lamisma exigencia de la naturaleza espiritual del hombre. Este necesita aprender y educarse y solo lo puede hacer en sociedad. Así tenemos que la sexualidad se complementa con sociabilidad. El matrimonio viene

a satisfacer en gran medida la necesidad que al hombre plantea su sociabilidad y su sexualidad, al establecer una comunidad de vida con su cónyuge y sus hijos. Con el matrimonio llega la complementación de los sexos y a través de éste se conserva la humanidad.

BIBLIOGRAFIA

ALBAPALEJO GARCIA, Manuel. LIBRO DEL CINCUENTENARIO DEL CODIGO CIVIL. U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie 6. Estudios Doctrinales 36. Editorial Galache, S.A. México, Distrito Federal, 1980. Primera Edición. Páginas 166.

ARANGIO RUIZ, Vincenzo. INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO. Traducción de José M. Carames Ferro. Ediciones De Palma. Buenos Aires, Argentina, 1973. Décima Edición. Páginas 682.

BECERRA OLIVA, Guillermo. LA REPUBLICA ROMANA. Editorial De Palma. Buenos Aires, Argentina 1944. Páginas 46.

BLOCH, Leo. INSTITUCIONES ROMANAS. Traducción de Guillermo Zotter. Editorial Lubur, S.A. Barcelona España, 1930. Tercera Edición. Páginas 228.

BONNECASE, Julien. LA FILOSOFIA DE CODIGO DE NAPOLEON. Aplicada al Derecho de Familia. Editorial José Ma. Cajica, Puebla, México 1945. Primera Edición. Páginas 359.

CALOGERO, Gangi. DERECHO MATRIMONIAL. Traducción Miguel Moreno Hernández. Editorial Aguilar. Madrid, España 1960. Tercera Edición. Páginas 465.

CAPDEVILA, Arturo. EL CESAR CONTRA EL HOMBRE. Editorial Rosario, S.A. Argentina, 1947. Páginas 190.

CARRANZA, Venustiano. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES. Talleres Gráficos de la Nación. Edición Oficial. México, 1936. Páginas 116.

CASTELLANOS RUIZ, Gregorio. COMPENDIO HISTORICO SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO. Consejo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco, México, 1978. Primera Edición. Páginas 384.

CERVANTES, Javier De. LA TRADICION JURIDICA DE OCCIDENTE. Editorial Imprinta Universitaria. México, Distrito Federal, 1978. Primera Edición. Páginas 199.

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884. Editorial Tip. y Lit. La Europea de J. Aguilar y Compañía. México, Distrito Federal, 1906. Edición Oficial. Páginas 383.

COULANGES, Fustel De. LA CIUDAD ANTIGUA. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 1989. Séptima Edición. Páginas 298.

DIAZ , Jerónimo. LA POSESION EN EL DERECHO Y EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA. Sobretiro de la Revista de la Facultad de Derecho de México. Número 62, Tomo 16. Abril-Junio de 1966. Páginas 590.

DUGUIT, León. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PRIVADO DESDE EL CODIGO DE NAPOLEON. Traducción de Carlos G. Posada. Editorial Blass y Cía. Imprenta. Madrid, España, 1912. Primera Edición. Páginas 499.

ENGELS, Federico. EL ORIGEN DE LA FAMILIA, LA PROPIEDAD Y EL ESTADO. Editorial Ediciones Quinto Sol, S.A. México, Distrito Federal, 1975. Páginas 230.

ESQUIVEL OBREGON, T. APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO. Tomo I. México, Distrito Federal, 1984. Segunda Edición. Páginas 223.

FUERO JUZGO O LIBRO DE LOS JUECES. Talleres Gráficos Alguero Baiges, S.R.C. Barcelona, España, 1968. Primera Edición. Páginas 293.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. DERECHO CIVIL. Primer Curso, Parte General. Personas-familia. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal 1980. Cuarta Edición. Páginas 754.

GARCIA GALLO, Alfonso. ESTUDIOS DE LA HISTORIA DEL DERECHO INDIANO. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, España, 1972. Primera Edición. Páginas 815.

GOMEZ GONZALEZ, Fernando Flores. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO Y DERECHO CIVIL. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 1984. Cuarta Edición. Páginas 386.

GONZALEZ, Juan Antonio. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. Editorial Trillas. México, Distrito Federal 1988. Sexta Edición. Páginas 208.

IBARROLA, Antonio de. DERECHO DE FAMILIA. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 1978. Primera Edición. Páginas 481.

IGLESIAS, Juan. INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO. Editorial Arias. Barcelona, España 1982. Séptima Edición Revisada y Aumentada. Páginas 730.

FLORIS MARGADANT S., Guillermo. EL DERECHO PRIVADO ROMANO. Como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. Editorial Esfinge, S.A. México, Distrito Federal, 1981. Décima Edición. Páginas 530.

FLORIS MARGADANT S., Guillermo. PANORAMA DE LA HISTORIA UNIVERSAL DEL DERECHO MEDIEVAL. Editorial Miguel Angel Porrúa. México, Distrito Federal, 1988. Tercera Edición. Páginas 450.

MACEDO, Pablo. EL CODIGO CIVIL DE 1870. Su Importancia en el Derecho Mexicano. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 1971. Páginas 65.

MATEOS ALARCON, Manuel. LECCIONES DE DERECHO CIVIL. Estudios Sobre el Código del Distrito Federal de 1870 con Anotaciones a las Reformas del Código de 1884. Tomo I. Editorial Librería J. Valdés y Cuevas. México, 1885. Primera Edición. Páginas 480.

MOMMSEN, Teodoro. COMPENDIO DE DERECHO ROMANO. Editorial Impulso. Buenos Aires, Argentina, 1942. Primera Edición. Páginas 85.

MUÑOZ, Luis. COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL DE 1928 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES. Volúmen I. Ediciones Lex. México, 1946. Primera Edición. Páginas 674.

PALLARES, Eduardo. EL DIVORCIO EN MEXICO. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal 1984. Cuarta Edición. Página 250.

PALLARES, Eduardo. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES. Comentada y Concordada con el Código Civil Vigente en el Distrito Federal. Editorial Librería de la Viuda de Ch. Bouret. México, 1917. Primera Edición. Páginas 193.

PETIT, Eugene. TRATADO ELEMENTAL DEL DERECHO ROMANO. Traducido de la Novena Edición Francesa y Aumentada con Notas Originales por el Dr. José Fernández González. Editorial Epoca, S.A. México, Distrito Federal, 1980. Páginas 717.

RIPERT, Goerge. BOULANGER, Jean. TRATADO DEL DERECHO CIVIL. Según el tratado de Planiol. Tomo I, Parte General. Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina, 1965. Primera Edición. Páginas 559.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. COMPENDIO DEL DERECHO CIVIL. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 1982. Décima Octava Edición. Páginas 509.

SAINZ GOMEZ, S., José María. DERECHO ROMANO. Editorial Limusa, S.A de C.V. México, Distrito Federal, 1991. Primera Reimpresión. Páginas 202.

SANCHEZ ROMAN, Felipe. ESTUDIOS DEL DERECHO CIVIL, Y EL CODIGO CIVIL E HISTORIA GENERAL DE LA LEGISLACION ESPAÑOLA. Tomo III. Editorial Tipográfica (Sucesores de Rivadeneyra). Madrid, España, 1899. Segunda Edición. Páginas 633.

SANTA CRUZ TEJEIRO, José Manuel. ELEMENTAL DE INSTITUCIONES ROMANAS. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1946. Páginas 607.

TROPOLONG, M. LA INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO EN EL DERECHO CIVIL ROMANO, Versión Castellada del Dr. Santiago Conchillos Manterola. Ediciones de Desclee de Brouwer. Buenos Aires Argentina, 1947. Primera Edición. Página 158.

VENTURA SILVA, Sabino. DERECHO ROMANO, CURSO DE DERECHO PRIVADO. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal, 1980. Quinta Edición, Corregida y Aumentada. Páginas 437.

VILLEY, Michel. EL DERECHO ROMANO. Editorial Universitaria. Buenos Aires Argentina, 1963. Primera Edición. Páginas 63.