

110:  
24



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y SU APORTACION AL DERECHO VIGENTE

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**ALBERTO CASTILLO PEREYRA**



MEXICO, D. F.

1997

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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 esta 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.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO E  
HISTORIA DEL DERECHO

Cd. Universitaria, a 20 .VI.1997

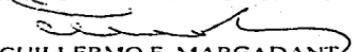
ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ  
DIRECTOR GENERAL DE LA  
ADMINISTRACION ESCOLAR DE LA UNAM.  
P R E S E N T E.

Me permito comunicarle que el pasante en Derecho ALBERTO CASTILLO PEREYRA ha elaborado en el Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho Mexicano, bajo la dirección de la Lic. Raquel Sagaón Infante, una tesis de Licenciatura, intitulada "EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y SU APORTACION AL DERECHO VIGENTE".

En mi opinión, por lo que al contenido académico y a la redacción se refiere, dicho trabajo reúne los requisitos que señalan las normas universitarias respectivas.

En vista de lo anterior, en mi carácter de Director del Seminario mencionado en el membrete del presente oficio, apruebo la tesis presentada a la consideración del Jurado que se asigne para presentar el examen profesional.

ATENTAMENTE  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

  
DR. GUILLERMO F. MARGADÁN  
DIRECTOR DEL SEMINARIO

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

***A Dios: Fuerza divina que me ha colmado  
de bendiciones toda mi vida.***

***A mis padres: Nunca terminaré de  
agradecerles todo su amor,  
incansable ejemplo, educación y la  
vida misma. Los amo.***

*A Maricarmen: Con tu amor y apoyo seguiremos cosechando triunfos. Gracias por hacerme feliz.*

*A Betito: Tenerte es lo mejor que me ha pasado. Tu sonrisa y tu mirada, son fuerza y compromiso para seguir adelante.*

*A mis hermanos Jose Fernando y Alejandro: Compañeros de la vida, juntos hemos aprendido a enfrentarla y a tomar lo mejor de ella. Que nada nos separe y permanezcamos unidos exultando el bello ejemplo de nuestros padres.*

*A mis amigos: Siempre he considerado la amistad como algo importante y trascendente en mi vida. Sea pues éste trabajo una muestra de cariño a todos aquellos que me han brindado su amistad y me han ayudado a ser mejor.*

*A Don Alberto y Melin de la Torre: Con todo mi afecto y estima, gracias por su cariño.*

*A la Lic. Raquel Sagaón Infante: Excelente profesora de Derecho Romano y amiga, que vive y reafirma el auténtico espíritu universitario. Sin su valiosa colaboración, consejos y absoluta disposición no hubiera sido posible concluir el presente trabajo*

# EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y SU APORTACIÓN AL DERECHO VIGENTE

ALUMNO: ALBERTO CASTILLO PEREYRA  
ASESOR DE TESIS: LIC. RAQUEL SAGAÓN

## INDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN.....	1
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>IMPORTANCIA DEL DERECHO ROMANO COMO ESTUDIO COMPARADO PARA EL DERECHO VIGENTE.</b>	
1.1 EL DERECHO ROMANO.....	5
1.2 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DERECHO ROMANO Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO VIGENTE.....	7
1. 2. 1 Completar nuestra cultura jurídico-histórica en general.....	8
1. 2. 2 Plataforma jurídica en donde internacionalmente puedan encontrarse los juristas de sistemas romanistas.....	9
1. 2. 3 Como función educativa de adiestramiento.....	9
1.3 ANTECEDENTES DEL DERECHO ACTUAL .....	10
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO</b>	
2.1 <i>ARRAE SPONSALICIAE</i> .....	14
2.2 UNIONES LÍCITAS Y EL MATRIMONIO <i>IUSTAE NUPTIAE</i> .....	16
2. 2. 1. El Concubinato.....	17
2. 2. 2. Matrimonio " <i>Sine Connubio</i> " .....	20
2. 2. 3. El Contubernio.....	22
2. 2. 4. El matrimonio romano, <i>iustae nuptiae</i> .....	23
2. 2. 5. Pruebas para considerar la existencia de la unión legal.....	25
2.3 REQUISITOS PARA EL <i>IUS NUPTIAE</i> .....	27
2. 3. 1. Consentimiento de los contrayentes y el paterfamilias.....	28
2. 3. 2. Edad de la pubertad.....	30
2. 3. 3. <i>Connubium</i> .....	32
2.4 IMPEDIMENTOS PARA CELEBRAR EL <i>IUSTAE NUPTIAE</i> .....	33
2. 4. 1. Parentesco.....	33
2. 4. 2. Afinidad.....	34
2. 4. 3. Impedimentos basados en consideraciones político – sociales.....	34
2. 4. 4. Impedimentos basados en la existencia de un lazo matrimonial anterior.....	35
2. 4. 5. El adulterio y el rapto.....	36
2.5 EFECTOS DEL MATRIMONIO.....	37
2. 5. 1. En relación a los esposos.....	37
2. 5. 2. Con respecto a los hijos.....	39

2.6 MATRIMONIO <i>MANUS MARITI Y SINE MANUS</i> .....	41
2. 6. 1. MATRIMONIO <i>MANUS MARITI</i> .....	41
2. 6. 1. 1. <i>Confarreatio</i> .....	42
2. 6. 1. 2. <i>Coemptio</i> .....	43
2. 6. 1. 3. <i>Manus usus</i> .....	44
2. 6. 2. MATRIMONIO <i>SINE MANUS</i> .....	44
2.7 LEGISLACIÓN CADUCARIA.....	45
2.8 DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.....	49
2. 8. 1. La muerte de uno de los esposos.....	49
2. 8. 2. La pérdida del <i>connubium</i> o cautividad.....	50
2. 8. 3. El divorcio.....	51

### CAPÍTULO III

#### RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO ROMANO

3.1 <i>UXOR MANUS MARITI</i> .....	54
3.2 <i>UXOR IN MANU</i> .....	55
3.3 LA DOTE.....	56
3.4 DONACIONES.....	60
3.5 COMPLICACIONES PATRIMONIALES EN CASO DE SEGUNDAS NUPCIAS.....	62

### CAPÍTULO IV

#### EL MATRIMONIO EN EL DERECHO VIGENTE

4.1 LOS ESPONSALES.....	64
4. 1. 1. Efectos en caso de incumplimiento de esponsales.....	65
4.2 CONCEPTO DE CONCUBINATO Y MATRIMONIO.....	66
4. 2. 1 Concubinato.....	66
4. 2. 2. Matrimonio.....	69
4. 2. 3. Naturaleza jurídica del Matrimonio.....	73
4.3 ELEMENTOS ESENCIALES Y REQUISITOS DE VALIDEZ PARA CONTRAER MATRIMONIO.....	75
4. 3. 1. Condensado de Requisitos de Matrimonio.....	76
4. 3. 2. Elementos Esenciales.....	76
4. 3. 2. 1. La voluntad de los contrayentes.....	77
4. 3. 2. 2. El objeto.....	78
4. 3. 2. 3. Las solemnidades requeridas por la ley.....	78
4. 3. 3. REQUISITOS DE VALIDEZ.....	79
4. 3. 3. 1. La capacidad.....	79
4. 3. 3. 2. La ausencia de vicios de la voluntad.....	80
4. 3. 3. 3. La licitud del objeto.....	81
4. 3. 3. 4. Las formalidades.....	81
4.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO.....	83
4. 4. 1. Derechos y obligaciones entre consortes.....	83
4. 4. 1. 1. Deber de cohabitación.....	83
4. 4. 1. 2. Débito carnal.....	84
4. 4. 1. 3. Deber de fidelidad.....	86
4. 4. 1. 4. Deber de asistencia y ayuda mutua.....	87
4. 4. 2. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LOS HIJOS.....	87

4.5 IMPEDIMENTOS PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO.....	89
4.5.1. Impedimentos dirimentes – matrimonios nulos .....	90
4.5.2. Impedimentos impedientes – matrimonios ilícitos .....	92
4.6 MATRIMONIOS NULOS E INEXISTENTES .....	94
4.6.1. Matrimonios nulos .....	95
4.6.2. Matrimonios Inexistentes .....	97
4.6.2.1. Falta de Consentimiento .....	97
4.6.2.2. Falta de Solemnidades .....	97
4.6.2.3. Identidad de Sexos .....	98
4.7 EL DIVORCIO .....	99

## **CAPÍTULO V**

### **RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO VIGENTE**

5.1 CAPITULACIONES MATRIMONIALES .....	103
5.2 LA SOCIEDAD CONYUGAL .....	105
5.3 RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES .....	108
5.4 LAS DONACIONES ANTENUPCIALES .....	112
5.5. LAS DONACIONES ENTRE CONSORTES .....	114

## **CAPÍTULO VI**

### **ANÁLISIS COMPARATIVO DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO VIGENTE**

6.1 CUADRO TEMÁTICO DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y LA LEGISLACIÓN VIGENTE.....	116
6.2 ANÁLISIS DE DIFERENCIAS Y APORTACIONES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y EL MATRIMONIO VIGENTE.....	121
6.3 APORTACIONES DEL DERECHO ROMANO A LA LEGISLACIÓN VIGENTE .....	

<b>CONCLUSIONES</b> .....	130
---------------------------	-----

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	133
---------------------------	-----

# **EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y SU APORTACIÓN AL DERECHO VIGENTE**

## **INTRODUCCIÓN**

**El primer vínculo de la sociedad es el matrimonio;  
el siguiente, los hijos, y después, la familia.**

*- Cicerón*

Los seres humanos no debemos olvidar de donde venimos, ya que del estudio de nuestra historia podemos comprender quienes somos, a donde vamos y lo más importante, aprender de nuestros errores para evitar volver a incurrir en ellos. El estudio del Derecho Romano, es un legado de historia muy valioso ya que fue una civilización importantísima que sin duda trascendió a toda la humanidad. El imperio y poderío Romano ha sido al día de hoy el más extenso en tiempo en toda la historia del hombre y su influencia en su época y en la nuestra es crucial para entender el surgimiento de numerosas costumbres e ideas que hoy envuelven nuestra cultura.

El Derecho Romano floreció significativamente en el Derecho Privado, donde verdaderamente destacó por sus aportaciones y se distinguió por hacer relevantes

concepciones que en la actualidad se aplican tratándose de las personas, la familia, el derecho procesal civil, derechos reales, teoría de obligaciones, contratos, sucesiones, etc.

Por consiguiente y debido al inmenso mar de aportaciones, abarcaré en el presente estudio, únicamente el matrimonio y su análisis comparativo con el derecho vigente, en donde investigaré los conceptos que regían a los romanos y los que han sido tomados por nuestro derecho, esta investigación es sólo una muestra de cómo influyeron los romanos en nuestra legislación y por ello se concentrará solamente en el enlace matrimonial.

La unión conyugal es el principio de la familia y ésta última es la base de la sociedad por lo que en lo particular considero importante el analizar cómo era entendido y conceptualizado este trascendental acto jurídico en la antigua Roma, para luego contribuir al derecho vigente.

No debemos olvidar que la solidez en las instituciones de una comunidad son la diferencia entre una sociedad y la otra, y hoy por hoy necesitamos que el matrimonio que se ha caracterizado por ser una verdadero pilar en nuestra nación no se fracture o resquebraje; así mismo haremos una valoración del casorio resaltando su importancia, ya que actualmente las modas y corrientes liberales que están "rayando" en el libertinaje, ven al matrimonio como un obstáculo a la llamada "libertad", lo que constituye un atentado a la propia sociedad.

"El régimen hitlerista urgido por su afán de lograr una raza superior que dominara el mundo, llegó a sostener que el matrimonio era la unión del hombre y la mujer por cierto tiempo, solo el necesario para asegurar el embarazo de la mujer."<sup>1</sup> Por concepciones torcidas e irracionales como la anterior es necesario no perder la dirección y sensibilidad de una institución tan importante, para no incurrir en los mismos errores y concebirla con la trascendencia que merece, así como los fines que persigue.

Existe en nuestros días una completa deformación conceptual de lo que constituye el matrimonio, un temor infundado a adquirir el compromiso solemne (quizá por desinformación), por lo que es necesario señalar la importancia de una unión conyugal y su trascendencia social, denunciando y participando ( aunque sea modestamente con este estudio), para no perder o depreciar la más sagrada institución en un estado y por ende lo último que deberíamos de permitir, la *familia*.

Se ha reiterado la relevancia del matrimonio en la familia, por lo que, no podríamos continuar sin antes considerar lo que Camelutti afirma al respecto: "La pretensión de negar a la familia para afirmar que el Estado, es una de las más nefastas aberraciones que se puedan encontrar en la historia del pensamiento humano. Sin la familia el Estado no podría vivir, como no podría sostenerse un edificio si se disgregaran los materiales con

---

<sup>1</sup> OROZA, Daza, Julio. *Matrimonio y Divorcio en Latino América*. Editorial Huarpes. Buenos Aires, Arg. 1946. Pág. 56

los que está construido. Un Estado sin familia es tan absurdo como un cuerpo humano sin células."<sup>2</sup>

El presente trabajo de investigación busca resaltar y obtener una mayor concepción del matrimonio en el derecho civil vigente, entendida en el sentido evolutivo y conceptual que, a su vez, nos permitirá entender la existencia de determinados preceptos legales. Además obviamente se obtendrá una muestra de cómo el Derecho Romano ha influido en nuestras legislaciones.

---

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Como nace el Derecho*. Edizioni Radio Italiana, Torino. 1955. Pág. 47

# **CAPÍTULO I**

## **IMPORTANCIA DEL DERECHO ROMANO**

### **COMO ESTUDIO COMPARADO PARA EL DERECHO VIGENTE.**

#### **1. 1 EL DERECHO ROMANO**

No podríamos iniciar el presente estudio sin definir al Derecho Romano y considero superlativo el incluir consideraciones respecto de la importancia de la investigación del mismo, ya que nada de lo que se pudiere decir más adelante tendría sentido si previamente no le damos a los romanos crédito a su valioso legado, y sobretodo si no comprendemos el por qué del estudio de los principios jurídicos durante el imperio romano.

“Se entiende por Derecho Romano, una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades del discernimiento de lo justo y de lo injusto (*iuris prudentes*), especialmente la colección antológica de estos escritos hecha por el emperador Justiniano (s. VI d. C.), a la que éste agregó otra menor de leyes dadas por los emperadores romanos anteriores y las suyas propias.”<sup>1</sup> Gran parte lo que se conoce del Derecho Romano es gracias a las compilaciones e investigaciones que de éste realizaron las autoridades bizantinas, en tiempos del emperador Justiniano (527-565), ésta

---

<sup>1</sup> D'ORS, J. A. *Derecho Romano Privado*. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. (EUNSA), Octava Edición, Pamplona, 1991. pág. 27

valiosa labor de conjuntar los ordenamientos legales se le llama *Cuerpo del Derecho Civil* (*Corpus iuris civilis*) desde el siglo XII.

El Derecho privado romano, concretamente tuvo un prolongado período que va desde la ley de las XII Tablas (siglo V o IV a. de J.C.), hasta la época de Justiniano (siglo VI d.de J.C.) e incluso hasta la Edad Media, en Europa Oriental y Occidental.

Debido al holgado lapso de tiempo del imperio romano en la historia, éste se encuentra a su vez dividido en periodos, y cabe mencionar al respecto que aún hoy día existen deficiencias en el conocimiento del derecho romano. "El Derecho clásico del matrimonio es, sin duda alguna, el logro más impresionante del genio jurídico en Roma."<sup>4</sup> Los estudiosos de la materia se han referido con mayor amplitud y énfasis al "período clásico" el cual comienza con el Humanismo, con los llamados glosadores y post-glosadores (1100- 1500), quienes se limitaron al estudio de lo que llamaron como el Derecho Justiniano. Gracias a las recopilaciones de los glosadores (se ha sostenido que deformaron el derecho clásico), en la actualidad contamos con valioso material de estudio y por ello el Derecho Romano Clásico, representa el período más importante y destacado del Derecho Privado en Roma.

---

<sup>4</sup> SCHULTZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1960. pág. 99

## 1.2 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO

Existen sin lugar a dudas innumerables razones por las cuales analizar, revisar e instruirse de la Ciencia legal Romana, Alvaro D'Ors estudioso de ésta comentó en una ocasión lo siguiente "...es una incommovible opinión común que el estudio del derecho romano tiene la virtud de presentarnos la más completa, la más constructiva y aleccionadora experiencia de la historia jurídica de todos los tiempos y latitudes, y que, por esta razón conserva el más alto valor para la formación de los juristas de nuestro siglo."<sup>3</sup>

La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, incorporó a su plan de estudios en los años sesenta la materia al igual que numerosas universidades en países como Italia, España, Francia, e inclusive Alemania (el derecho romano fue derecho vigente en Alemania hasta el año de 1900, al entrar en vigor el código civil). La trascendencia del estudio del derecho romano radica en que se distinguió por haber sido un derecho científico y jurisprudencial, no se basó en un orden impuesto por los legisladores. Para ahondar en la trascendencia del por que se debe estudiar el Derecho Romano, quisiera hacer mención a algunas de las razones que expone el Dr. Guillermo Floris Margadant S. (entre otros autores) y que son verdaderos argumentos para cualquier interesado en el mundo de la ciencia jurídica.

---

<sup>3</sup> *Discurso inaugural leído en la solemne apertura del curso académico 1955-1956*, Compostela, Universidad de Santiago, 1955, pág. 10

## **1. 2. 1 Completar nuestra cultura jurídico-histórica en general.**

Es importante que el hombre esté documentado y entienda perfectamente su historia, ya que de esta forma se comprenderá a sí mismo y a los demás. "En un principio, el Derecho Romano fue adoptado como código de leyes y este período de su lozanía exterior, fue el reinado de la escuela, estado que terminó cuando los pueblos sintieron que había pasado la edad del aprendizaje y nuevos códigos ocuparon el lugar de aquel Derecho." El estudio del Derecho Romano permite precisamente, conocer el origen de innumerables principios jurídicos que hoy nos rigen, aunque éste sólo sea una parte de la historia universal del derecho y sin menospreciar la cultura jurídica de otros pueblos como los griegos por citar un ejemplo, es un hecho que las más grandes aportaciones fueran hechas por los romanos.

Finalmente, podríamos agregar que las normas al ser elaboradas por el hombre sufren una evolución tendiente a perfeccionarse debido a la naturaleza del ser humano, razón por la cual es importante hacer consideraciones respecto del Derecho Romano, ya que el análisis del mismo, nos permite entender la evolución del pensamiento humano y el conocimiento de sus instituciones, para posteriormente ubicarnos en la cadena de la historia y percatarnos posteriormente que sólo somos un eslabón más, y de esta forma entender que es necesario que el derecho se adelante y adecue a la evolución del hombre mismo, ya

---

\* VENTURA, Silva, Sabino. *Derecho Romano*. Editorial Porrúa, S. A. Primera Edición, México, D. F. 1962, pág. XXXIV

que las normas que el día de hoy nos rigen serán tan obsoletas como el Derecho Romano, en un futuro no muy distante.

### **1. 2. 2 Plataforma jurídica en donde internacionalmente puedan encontrarse los juristas de sistemas romanistas.**

“El derecho romano nos ofrece los conceptos fundamentales de una ciencia jurídica supranacional, las principales reglas según las cuales se combinan estos conceptos y las bases terminológicas.”<sup>7</sup> El uso de los términos es un indispensable instrumento para el trabajo de un jurista, ya que permiten un entendimiento y claridad en el pensamiento, facilitando de esta forma el estudio del derecho comparado y la expresión de términos de uso común en el lenguaje jurídico.

### **1. 2. 3 Como función educativa de adiestramiento.**

Con el estudio del Derecho Romano encontramos, la particular agudeza espiritual latina para la indagación de lo que se considera justo, toda vez que los jurisconsultos romanos se caracterizaron por una gran capacidad de análisis, lógica y deliberación de la justicia. Su estudio definitivamente constituye un instrumento para la formación de la conciencia jurídica.

---

<sup>7</sup> MARGADANT, S. Guillermo F. *El Derecho Privado Romano*. Editorial Esfinge, S. A. de C. V. Decimacuarta Edición, México, D. F. 1986. pág. 12

Como hemos descrito, el Derecho Romano ha contribuido notoriamente en el derecho positivo, ya hasta nuestros días nuestras legislaciones están marcadas de una innegable influencia romanista, lo cual nos obliga a hacer paréntesis y obliga a reflexionar al respecto.

El conocimiento y estudio del derecho positivo y vigente, es menester para cualquier estudioso de la ciencia legal y por consiguiente el Derecho Romano es una herramienta muy valiosa en la vida profesional, "...es indispensable en la carrera de derecho; se pone también de relieve su calidad desarrolladora de criterio jurídico al posesionarse el estudiante de perfecta lógica de sus soluciones y su condición de elemento fundamental para la interpretación del derecho positivo."<sup>4</sup>

La influencia del Derecho Romano en una palabra ha sido enriquecedora, si además consideramos que existen capítulos enteros que han sido trasladados a nuestra legislación. Este trabajo permitirá mostrarnos la influencia notoria de los romanos en la institución del matrimonio.

### **1.3 ANTECEDENTES DEL DERECHO ACTUAL**

El derecho vigente que rige a las naciones del mundo occidental se encuentra dividido básicamente en dos grandes familias de sistemas jurídicos, en el derecho anglosajón y el

---

<sup>4</sup> DE AVILA, Martel, Alamiro. *Derecho Romano*. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición. Santiago de Chile, 1992. pág. 19

derecho romano, el sistema jurídico en el cual se encuentran nuestros ordenamientos normativos, es precisamente el Derecho Romano, el cual ha influido en el derecho en México, por diferentes conductos, durante su evolución.

Cuando en España inicia el período de la reconquista de la liberación de los árabes, se aplicaba en ese entonces un derecho de carácter consuetudinario de origen visigótico. Posteriormente el Concilio de Toledo se encargó de la persistencia del derecho romano, como fuente de derecho, teniendo de esta forma una legislación mixta religiosa y civil. En muy diversas ciudades de España, se aplicaban fueros locales y la jurisprudencia expuesta por las sentencias dictadas por las autoridades. Entre los cuerpos de derecho de mayor importancia se encontraba el Fuero Juzgo, que mostró gran influencia del derecho romano, debido en gran parte a la que a su vez tenía con el derecho canónico, quien continuaba apegado a la tradición romana.

Las Siete Partidas expedidas por el rey don Alfonso el Sabio, fueron otro ejemplo importante de la herencia romanista en las leyes de España, con la expedición de las siete partidas sólo era aplicado el derecho romano como ley supletoria ya que de otra forma hubiera sido necesario abrogar toda la legislación anterior.

El derecho francés al igual que el derecho español aportó notoriamente a la legislación mexicana, respecto de este derecho podríamos decir que es a principios del siglo XIX cuando se expide el Código de Napoleón ( al cual tomaron como ejemplo básicamente los

países latinoamericanos) completamente influenciado por el derecho romano así como los demás códigos europeos. Francia antes de la expedición del citado código se encontraba dividida por regiones respecto de la aplicación del derecho escrito y el derecho consuetudinario. El derecho romano fue teniendo influencia por sobre los partidarios del derecho no escrito; producto de la revolución francesa fue la promulgación del Código de Napoleón, el cual era una combinación entre el derecho antiguo y las nuevas corrientes revolucionarias que marcaron la época, ya que la filosofía era individualista " en el dominio de la familia se reduce a una reducción rigurosa y meramente matemática de los derechos absolutos del individuo." Dentro de sus aspectos positivos vale destacar el hecho de que el ordenamiento legal citado, reconoció al matrimonio civil como única forma posible de contraer nupcias, separando de ésta forma al matrimonio religioso. Aun que el Código de Napoleón no otorgaba a la familia la importancia que se merecía (que es el caso concreto que nos atañe), trajo uniformidad en la aplicación de las norma en Francia, al proporcionar un solo ordenamiento aplicable a todos los ciudadanos.

El derecho mexicano tiene una innegable influencia de los españoles, muestra de lo anterior es que se continuaron aplicando en nuestro país después de la Independencia las leyes españolas y las Siete Partidas, mismas que fueron el texto principal, hasta la expedición del Código Civil de 1870.

---

\* BONNECASE, Julián. *La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia*. Editorial José Ma. Cajiga Jr. Puebla, México, 1945, Pág. 124

El Código Civil de 1884, se elaboró siguiendo los lineamientos del elaborado en 1870 y por supuesto trayendo consigo, toda la influencia romanista, en el ya se contenía una definición de lo que es el matrimonio en su artículo 155 "es la sociedad legítima de un solo hombre y de una mujer, que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el paso de la vida."<sup>10</sup>. Nuestro Código Civil vigente está marcado por una innegable herencia del derecho romano.

El conocimiento y análisis del Derecho Romano, es menester para cualquier estudioso del derecho vigente ya que es importante el conocer las raíces más profundas del derecho y estas se encuentran precisamente en la herencia que nos dejaron los romanos.

---

<sup>10</sup> MATEOS, Alarcón, Manuel. *Estudios Sobre el Código Civil del D. F.* Tomo I. Tratado de Personas. Imprenta de Díaz de León Sues, S. A. México, 1893. Pág. 75

## CAPÍTULO II

### MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO

#### 2.1 *ARRAE SPONSALE*

En la época clásica romana, los sponsales eran considerados como "...dos promesas de matrimonio, siendo las partes que las formulen el futuro marido de una parte, o su *pater familias*, y de otra la esposa, o frecuentemente el *pater familias* \* de ésta."<sup>11</sup> "Los sponsales son petición y promesa de futuras nupcias ( D. 23. 1. 1. Florent. 3 inst.)."<sup>12</sup>

Para poder contraer sponsales los romanos no exigieron formalidades, bastaba el consentimiento oral o escrito entre presentes o entre ausentes para constituirlos, de hecho, permitían el uso de mensajeros para manifestar la voluntad y deseo, respetando desde luego al igual que en el matrimonio el consentimiento del *paterfamilias*, aun que estos últimos no podían actuar contra la voluntad de los contrayentes. El esponsal que pretendía celebrar el compromiso, debía únicamente estar consciente de lo que pretendía, razón por la cual se podía efectuar la promesa de matrimonio desde la infancia. " Para contraer sponsales no esta determinada la edad de los contrayentes, como en el matrimonio; por lo que se pueden contraer desde los primeros años, con tal que ambas personas

---

\* *Paterfamilias*.- Es el monarca doméstico y tenía amplias facultades sobre sus hijos, nietos, esclavos y esposa. Era juez en su familia y sacerdote y por lo tanto el encargado de aplicar la disciplina familiar, misma que llegaba a ser reconocida jurídicamente.

<sup>11</sup> SCHULTZ, Fritz. *Op. Cit.*, pág. 104

<sup>12</sup> El DIGESTO DE JUSTINIANO. Tomo II, Libros 20-36. Versión Castellana por A. D'Ors y Traductores Varios. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1972. Pág. 101

comprendan lo que hacen, es decir, que no sean menores de siete años. (D. 23. 1. 14. *Mod. 4 differ.*)”<sup>13</sup>

Durante la época republicana las promesas de matrimonio se llevaban a cabo mediante dos *sponsiones*, razón por la cual adoptó el nombre de *sponsalia*. La promesa de matrimonio incumplida no daba lugar a acción alguna para exigir su cumplimiento. “Con el tiempo en Roma se introduce la costumbre de origen oriental, de entregar una cantidad de dinero - arras esponsalicias- para garantizar la celebración del matrimonio.”<sup>14</sup> Esta tradición representaba una auténtica cláusula penal (por lo mismo no se observó y arraigó), ya que en caso de que no se llevase a cabo la boda por culpa de alguno de los esponsales, el culpable perdía las arras entregadas. “Las arras esponsalicias son la supervivencia del precio entregado por compra de la prometida, reconocida en el derecho semítico, la cual penetra luego a través de la Iglesia (que favorece la fuerza vinculativa de las arras) durante el siglo IV, en la legislación imperial romana. Un viejo vestigio de estas arras es el anillo nupcial”<sup>15</sup>

Durante el periodo clásico la obligación de presentar *sponsiones* desaparece, y se considera necesario únicamente un acuerdo o convenio no formal, conservándose la denominación de *sponsalia*. La costumbre de la época rebasaba en estos casos lo exigido

<sup>13</sup> El Digesto de Justiniano. *op. cit.*, pág.102

<sup>14</sup> MORINEAU, Iduarte, Martha - Iglesias, González, Román. Derecho Romano. Editorial Harla. México, 1987. Pág. 84

<sup>15</sup> KASER, Max. Derecho Privado Romano. Versión directa de la Quinta Edición Alemana, por José Santa Cruz Teijeiro. Instituto Editorial Reus, S. A. Madrid, 1968. Pág. 259

por las autoridades, ya que era común que se redactara un documento, con la comparecencia de testigos. Cabe mencionamos anteriormente para el caso de ruptura al compromiso celebrado no existía ninguna pena (salvo que se hubiesen pactado arras sponsalicias), pudiendo disolverse en cualquier tiempo por la simple declaración unilateral de una de las partes. Existía además la posibilidad de diferir la promesa de unirse en *iustae nuptiae*, por causas que eran consideradas como justas y necesarias, aun que en todo momento prevalecía la voluntad de mantenerse como precisamente habían aceptado, esponsales.

Pero lo cierto es que los *sponsalia* fueron sufriendo cambios en su conceptualización, y es durante la época post-clásica, en donde influencias cristianas y orientales, dan a los *sponsalia* una asimilación al matrimonio, rompiendo de esta forma con una separación marcada entre estas dos instituciones. "Los *sponsalia* fueron, por tanto, en el Derecho de la última época, asimilados al matrimonio, mientras que en la época clásica ambas instituciones se mantienen netamente separadas."<sup>10</sup>

## 2. 2 UNIONES LÍCITAS Y EL MATRIMONIO *IUSTAE NUPTIAE*

El derecho romano, consideraba diversos tipos de unión consideradas como lícitas entre las parejas, entre éstas se encuentran el concubinato, el matrimonio *sine connubio* y finalmente el contubernio, las uniones anteriores no llegaban a tener el pleno

---

<sup>10</sup> SCHULTZ, Fritz. *op. cit.* Pág. 105

reconocimiento que la sociedad romana, pero en cierta forma eran toleradas. La única alianza plenamente aceptada era precisamente el *Iustae Nuptiae*, que será la última que analizaremos en orden, siendo parte vital del presente estudio.

## 2. 2. 1 El Concubinato

El concubinato se define como “...una unión estable de un hombre y una mujer sin intención o sin posibilidad de ser marido y mujer.”<sup>17</sup>; podemos también considerar la definición de Juan Iglesias, “...es la unión estable de hombre y mujer sin  *affectio maritalis*. Este aspecto negativo hace que no se confunda con el matrimonio, cuya existencia, por lo demás, patentiza el honor  *matrimonii*.”<sup>18</sup> El concubinato se consideraba como una unión lícita pero de orden inferior al matrimonio, pero con el propósito de ser duradera y por consiguiente contrario a una unión pasajera.

La unión duradera pero sin fines matrimoniales surgió prioritariamente cuando, los patricios no podían contraer  *iustae nuptiae* con plebeyos, por ende vino ser una la única forma de unión que se les permitía sostener; “...según el derecho clásico, la convivencia estable con mujer de baja condición, frecuentemente una liberta, sin el  *honor matrimonii* (Trato matrimonial).”<sup>19</sup> Este tipo de enlace se llevaba generalmente cuando el hombre

---

<sup>17</sup> DI PIETRO, Alfredo. - Lapieza Elli, Angel Enrique.  *Manual de Derecho Romano*. Editorial Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1985. pág. 374

<sup>18</sup> IGLESIAS, Juan.  *Derecho Romano*. (Historia e Instituciones). Undécima Edición. Editorial Ariel, S. A. Barcelona, 1993. Pág. 496

<sup>19</sup> FRANCISCI, Pietro de.  *Síntesis Histórica del Derecho Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954. Pág. 460

escogía a una mujer de distinta condición ( de dudosa reputación, indigna, etc.) y no elevaba a la mujer al rango social del varón, además de que no establecía la patria potestad a los descendientes, considerándoseles *liberi naturales* lo cual representaba que nacían *sui iuris*<sup>20</sup>.

El concubinato era una institución, meramente tolerada, pero absolutamente fuera de derecho en el mundo pagano, del lado ético y afectivo, definitivamente inconfundible con el matrimonio el cual guardaba sus enormes diferencias.<sup>20</sup>

El amancebamiento fue sufriendo evoluciones durante la época Republicana y el tener una concubina no era contrario a la moral romana (incluso “buenos” emperadores como Antonio Pío y Marco Aurelio, tuvieron concubinas). Curioso resultaba el hecho de que los hombres pudiesen tener dos concubinas al mismo tiempo, ya que hasta antes del emperador Augusto no era una relación monogámica. “Los romanos tuvieron siempre el principio de la monogamia, pero entendiéndolo de modo que un hombre no pudiera tener simultáneamente dos mujeres legítimas.”<sup>21</sup> Fue hasta la época del emperador Augusto, en la Legislación Caducaria (misma que analizaremos más adelante) en donde se denominó al concubinato como tal y se comenzaron a establecer ciertas condiciones para el mismo, como el hecho de que no se podían tener más de dos concubinas (respetando el principio

<sup>20</sup> Sui iuris.- Era el independiente de patria potestad

<sup>20</sup> Cfr. BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Instituto Editorial Reus. Quinta Edición. Madrid 1979. Pág. 197

<sup>21</sup> SCHULTZ, Fritz. *op. cit.* Pág. 132

de monogamia), o bien, sólo estaba permitido para personas púberes y no parientes en el grado prohibido para el matrimonio, por citar dos ejemplos.

Pero el emperador Augusto también tuvo desaciertos, ya que prohibió a los soldados el matrimonio. Esta disposición inhumana produjo graves efectos secundarios, ya que la duración del servicio militar era muy larga y los soldados no podían contraer nupcias en la mejor época de su vida, por lo que tuvieron inevitablemente que aceptar el concubinato como una forma de vida.<sup>22</sup>Esta medida fue derogada hasta el siglo II.<sup>23</sup>

Durante la etapa de los emperadores cristianos, se buscó erradicar el concubinato; prueba de ello fue que el propio Constantino creyó apoyar la supresión del concubinato ofreciendo legitimar a todos los hijos naturales producto de la relación, si los concubinos aceptaban transformar su unión en *Iustae Nuptiae* . Similar situación se vivió en tiempos del emperador Zenón quien estableció que en el futuro, todos los hijos naturales nacidos de concubinato serían legitimados si se optaba por un matrimonio reconocido, sin embargo no obtuvo respuestas alentadoras. Justiniano retomó lo estipulado por sus antecesores y dispuso lo que denominó la "*legitimación por matrimonio subsecuente*" que consistía en otorgar todos los derechos que el matrimonio implica, si se optaba por el

---

<sup>22</sup> SCHULTZ, Fritz. *op. cit.* Pág. 109

<sup>23</sup> Cfr. IGLESIAS, Juan. *op. cit.* Pág. 488

*iustae nuptiae*; extendiendo al concubinato los requisitos del matrimonio, como lo son la monogamia rigurosa, edad conyugal, impedimentos de parentesco y afinidad.<sup>24</sup>

Con el tiempo no se logró suprimir el concepto de concubinato a pesar de las “facilidades” que se otorgaban, la propia Iglesia terminó por tolerar este tipo de uniones, las cuales han perdurado hasta nuestros tiempos.

### **2. 2. 2 Matrimonio “*Sine Connubio*”**

“Es aquella unión de carácter marital que se celebra entre personas que por alguna razón no gozaban del *connubium* ( derecho de casarse en *iustae nuptiae*, con todas las consecuencias del *ius civile*, era uno de los privilegios de carácter privado que otorgaba a la ciudadanía romana) o, cuando menos, una de ellas no gozaba de él. Estas uniones fueron frecuentes entre peregrinos y en ningún caso eran consideradas como una unión lícita”<sup>25</sup> Este tipo de unión también era llamado como “matrimonio de derecho de gentes” y estaba regido por el derecho de gentes o por el derecho propio de la ciudad a la que pertenecían los contrayentes; cabe hacer la aclaración de que este lazo no era ilícito y constituía un matrimonio perfectamente válido, con la salvedad de que no producía los efectos del *iustae nuptiae*.

<sup>24</sup> Cfr. BONFANTE, Pedro, *op. cit.*, pág. 198

<sup>25</sup> MORINEAU, Iduarte, Martha - Iglesias, González, Román. *op. cit.*, pág. 94

En este enlace también se producían efectos en cuanto a los descendientes, éstos eran cognados de la madre y de los parientes maternos; nacían *sui iuris* y casi siempre peregrinos, a causa de la ley *Mincia*.<sup>26</sup> " En aquellos casos en que quien nace sigue la condición de la madre y no la del padre es de total evidencia que no entra bajo la potestad de éste, aunque tal padre fuera ciudadano romano." (Gayo, l. 87)<sup>27</sup>

Existían dos procedimientos en los que se podía legitimar un matrimonio *sine connubio* en *iustis nuptiis*, el primero era el *causae probatio* que consistía básicamente en probar ante un magistrado que el matrimonio se había celebrado en presencia de siete testigos, ciudadanos romanos y púberes, con el objeto de tener hijos y que se tenía, por lo menos, a un hijo mayor de un año; el segundo procedimiento era el *erroris causae probatio* que consistía en probar al magistrado que se había contraído matrimonio de buena fe, en la creencia equivocada, de que ambos tenían el *connubium*, además debía demostrarse que de la unión había nacido un hijo, para así convertir el matrimonio *sine connubio* en *iustae nuptiae*. " También si un ciudadano romano se casase con una latina o con una extranjera creyendo equivocadamente que lo hacía con una ciudadana romana, si tuviera un hijo, éste no entraría bajo su potestad al no ser ciudadano romano, sino latino o extranjero, según fuera la condición de la madre, ya que no sigue la condición del padre, más que cuando entre padre y madre existe el derecho de matrimonio; sin embargo, se permitió

<sup>26</sup> Cfr. MORINEAU, Iduarte, Martha - Iglesias, González, Román. *op. cit.*, pág. 94

<sup>27</sup> GAYO INSTITUCIONES, Traducción Manuel Abellan Velasco, Juan Antonio Arias Bonet y varios. Editorial Civitas, S. A. Primera Edición, 1985. Pág. 63

por un senadconsulto que una vez justificado el error alcanzaran tanto la madre como el hijo la ciudadanía romana y entraran desde ese momento bajo la potestad del padre.” (Gayo 1. 67) <sup>28</sup>

Posteriormente los romanos se flexibilizaron y extinguieron el derecho de ciudadanía en tiempos de Justiniano, por lo que el matrimonio *sinne connubio* sólo fue susceptible de aplicarse a los condenados a una pena que implicara la pérdida de sus derechos ciudadanos.

### 2. 2. 3 El Contubernio

El contubernio era otro tipo de unión considerada como lícita (al igual que el concubinato y el *sinne connubio*), aun que sin llegar a obtener el pleno reconocimiento y efectos del matrimonio. “Se llama contubernio a la unión entre dos esclavos o entre persona libre y esclavo. Constituye un simple hecho desprovisto de toda consecuencia jurídica.”<sup>29</sup> El Derecho Romano negaba el parentesco entre esclavos y cualquier efecto civil en el contubernio. Posteriormente se admitió una figura jurídica el *cognatio servilis* el cual consistía en impedir matrimonios o uniones contrarios al derecho natural o la moral entre los esclavos que podían llegar a ser libres mediante la manumisión (acto jurídico que otorgaba a los esclavos su libertad).

---

<sup>28</sup> Gayo Instituciones. *op. cit.* Pág. 55

<sup>29</sup> I. E. MUS, García, Raul. Derecho Romano. Editorial LIMSA, México, D. F. 1964, pág. 100

Finalmente y en relación a los hijos, éstos seguían la condición de la madre, aunque con el tiempo fueron surgiendo diversas atenuantes. “Concuerdia también con esto de que de una esclava y un hombre libre nace, según el Derecho de gentes, un esclavo y que por el contrario, de una mujer libre y un esclavo nace un libre.” (Gayo 1, 82)<sup>40</sup>

#### **2. 2. 4 El matrimonio romano, *iustae nuptiae*.**

“Etimológicamente la voz de matrimonio deriva de los vocablos latinos *matris* y *munium*, que significan carga o gravamen para la madre.”<sup>41</sup>; de la definición anterior es claro en el matrimonio es la mujer quien lleva el peso o carga mayor tanto antes como después del parto que es precisamente uno de los fines primarios de las nupcias.

La concepción romana del matrimonio es muy distinta de la que existe hoy en los pueblos de la cultura occidental, debida ésta, sobre todo, a la influencia del derecho canónico, es decir, del cristianismo.

Matrimonio según Modestino: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani turis communicatio*” “ El matrimonio es la unión del hombre y la mujer, en pleno consorcio de su vida y comunicación del derecho divino y

---

<sup>40</sup> Gayo Instituciones. *op cit*. Pág. 61

<sup>41</sup> ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Librería de la Viuda de Ch. Bouret, París - México, 1925, voz matrimonio, Pág. 1204

humano.” (*Mod. Ireg. D.23.2.1*)<sup>32</sup> Aunque bien podríamos considerar la definición de Justiniano en las Institutas (1.9.1) “Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer, que contiene el propósito de vivir en comunidad indisoluble.” o sus consideraciones al respecto: “ Los ciudadanos romanos contraen nupcias cuando, conforme a la legislación vigente, se unen varones púberes con mujeres núbiles, estén o no bajo la patria potestad, siempre que en el primer caso obtengan el consentimiento de sus padres pues es conforme tanto al derecho civil como a la razón natural que este consentimiento proceda del matrimonio.” (*Justiniano Título X. 1.*)<sup>33</sup>

El matrimonio tal y como lo entendían los romanos era una relación jurídica fundada en la mera convivencia conyugal y al *affectio maritalis*, en consecuencia no era necesaria una convivencia efectiva: “no es la unión de hecho lo que hace el matrimonio, sino la afición matrimonial.(D.24,1,32,13.)”<sup>34</sup> No podemos omitir el destacar la importancia que daban los romanos a la monogamia, existía siempre la intención ética de que la unión era perpetua, razón por la cual se omitían condiciones y términos referentes a esto.<sup>35</sup>

*Nuptias non concubitus sed consensus facit* (al matrimonio lo hace el consentimiento y no la unión carnal). esta regla fue hallada por los compiladores de Justiniano, y como se aprecia por sí misma en el Derecho Clásico, no requería que se le diera una formalidad a

<sup>32</sup> El Digesto de Justiniano. *op. cit.*, pág. 102

<sup>33</sup> INSTITUCIONES DE JUSTINIANO. Versión Española de Francisco Hernandez-Tejero. Madrid, 1961, Pág. 30

<sup>34</sup> El Digesto de Justiniano. *op. cit.*, pág. 156

<sup>35</sup> Cfr. BONFANTE, Pedro. *op. cit.*, pág. 180

un acto digno, aún cuando Augusto había introducido el registro de nacimientos, dando formalismo al registro de nuevos ciudadanos. Para los romanos era necesaria una voluntad permanente y continua, que se manifestaba con la mera convivencia diaria, para que el matrimonio subsistiera.

### 2. 2. 5 Pruebas para considerar la existencia de la unión legal.

A falta de formalidades para comprobar la unión de las parejas, existían ciertas pruebas en la relación que podían calificarla de *Iustae Nuptiae*:

*Instrumentum Dotale.*- En el derecho justinianeo el instrumento dotal, "...es el único medio probatorio para probar la existencia de matrimonios entre personas de alto rango."<sup>16</sup> Por medio de este escrito se constataba la dote otorgada a la mujer o bien convenios que en su momento y sin obligación jurídica aceptaba la pareja, éste a su vez servía como prueba pero solamente en personas de cierto status.

Celebraciones o Pompas Exteriores.- Mediante éstas los contrayentes anunciaban a la sociedad romana su unión libremente y sin ninguna obligación jurídica que exigía tal proceder, aunque la costumbre así lo requería. Las celebraciones de bodas romanas eran toda una festividad y con ésta era clara a la sociedad el tipo de unión que tenía la pareja, esto era sin lugar a dudas una prueba en donde se optaba por un *Iustae Nuptiae*.

---

<sup>16</sup> IGLESIAS, Juan. *op. cit.*, pág. 484

Testimonio de terceras personas.- Cuando a terceras personas constaba el tipo de unión estas podían atestiguar respecto del tipo de unión en la que se encontraba la pareja, si una persona había asistido a la celebración de boda, podía atestiguar la solemnidad del matrimonio y eso era prueba suficiente.

Cuando no existía ninguna de las pruebas anteriores, los entonces emperadores Teodosio y Valentiniano, decidieron que cuando exista unión entre personas de la misma condición y honorabilidad, entonces podría existir la presunción de que se vivía en matrimonio. Como se mencionó anteriormente las dos formas de unión legal reconocidas por los romanos a pesar de tener diferencias, tenían elementos comunes en su estructura:

- a) Consideraban el hecho de ser uniones duraderas y monogámicas solamente entre un hombre y una mujer, esto es, que sólo se permitían las uniones heterosexuales.
- b) Ambos tipos de enlace suponen que la unión es con la finalidad natural de procrear hijos y en el entendido de que la pareja encuentre apoyo uno al otro en la relación.
- c) Ambos tipos de relaciones eran socialmente aceptadas por los romanos, y para celebrar cualquier tipo de unión *Iustae Nuptiae* o Concubinato, no era necesario el llevar a cabo formalidad jurídica alguna, razón por la cual, es de pensarse que las uniones para los romanos tenían poca consecuencia jurídica.

El matrimonio romano duraba exactamente lo que la  *affectio maritalis*, cuando ésta faltaba se disolvía el vínculo conyugal, para los romanos la idea de unirse obligados a estar en matrimonio cuando el afecto marital había desaparecido, debió haber sido una idea inconcebible y por supuesto, aceptada por los legisladores romanos, de la época, quienes estaban lejos de concebir las formalidades que actualmente existen al respecto.

Finalmente podríamos agregar que en Roma el consensualismo en el matrimonio fue perdiendo fuerza, por la influencia del cristianismo, ya que fue la propia Iglesia (antes se había conformado con un acuerdo no formal) quien posteriormente exigió la participación de un sacerdote para poder celebrar el matrimonio en el Concilio Tridentino (1545-1563) y se pronuncia en favor de un estricto formalismo contrario a las costumbres que se habían observado hasta el momento, en las que solo se consideraba la  *copula carnalis* como requisito esencial para la consumación del matrimonio.<sup>17</sup>

### 2.3 REQUISITOS PARA EL IUSTAE NUPTIAE

Como comentamos anteriormente el período clásico estuvo caracterizado por desdén al formalismo, ya que el Estado no lo sancionaba, era propiamente un acto religioso, sin embargo, posteriormente se establecen ciertos requisitos para el  *Iustae Nuptiae*, dentro de los cuales se encontraban los siguientes; consentimiento de los contrayentes y del

---

<sup>17</sup>  *affectio maritalis*. - Es básicamente el afecto marital o amor conyugal que se profesaban marido y esposa.  
<sup>18</sup> Cfr. SCHULTZ, Fritz. *opus cit.* pág. 107

paterfamilias, pubertad o idoneidad física y el *connubium*, que son precisamente en lo que a continuación profundizaremos.

### 2. 3. 1 Consentimiento de los contrayentes y el paterfamilias

“Hay matrimonio legítimo cuando los que contraen las nupcias tienen tal derecho; si el varón y la mujer son aptos para la procreación y si además prestan su consentimiento si son dueños de sí mismos o si estuviesen sujetos a la potestad lo prestaren sus padres.” (Ulpiano, T. V. 1.)<sup>18</sup>

Las personas que iban a contraer matrimonio debían hacerlo libremente. Este principio no siempre fue respetado, ya que bajo presión, la voluntad de los contrayentes era frecuentemente violentada, por el poder absoluto que ejercía el *paterfamilias* sobre sus hijos, ya que éste último debía otorgar su consentimiento y sin el cual no era posible celebrar *iustae nuptiae*. “Están sometidos a la potestad del padre los nacidos de matrimonio legítimo.” (Ulpiano, T. V. 1.)<sup>19</sup>

“Así pues, el que nace de ti y de tu esposa, se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto o tu nieta, y de la misma manera tu bisnieto o bisnieta, y así los demás; mas el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad sino bajo

<sup>18</sup> REGLAS DE ULPIANO. Traducción Nina Ponssa de la Vega de Miguens. Ediciones Lerner, Buenos Aires, Argentina, 1970. Pág. 41

<sup>19</sup> Reglas de Ulpiano, *opus cit.*, pág. 41

la de su padre.” (*Institutas*, L. I. T. IX, 3)<sup>40</sup> En Roma la figura del *paterfamilias* era una verdadera institución de poder, una monarquía doméstica, de esta forma, no importando a qué edad se casaran los hijos, era siempre necesario obtener el consentimiento del *paterfamilias*, no era para ello el consentimiento de la madre, ya que se consideraba que ésta no tenía autoridad civil sobre los hijos. El consentimiento del padre podía ser tácito y se entendía que otorgaba su anuencia si no mostraba su rechazo; “...se entiende que el padre da su consentimiento a la hija siempre que no muestre claramente su disconformidad.” (D. 23. 1. 7.)<sup>41</sup> En los casos en los que al contrayente le sobrevivía su abuelo, debía entonces recabar la anuencia de su abuelo o de quien ejerciera en ese momento la patria potestad.

Al tenor de una cláusula de la ley Julia de *maritandis ordinibus*, del año 18 a. C. se dispuso que en caso de que el *paterfamilias* se negase, sin motivo justificado a otorgar el consentimiento, los contrayentes podían recurrir al magistrado a fin de que este otorgue su autorización, si considera que el *paterfamilias* está obrando injustificadamente.<sup>42</sup> Durante la época del Bajo Imperio se permite el matrimonio sin el consentimiento del *paterfamilias*, si éste se encontraba cautivo, loco o por la simple ausencia de este y de hecho se plasmó esto en el propio Digesto “ Cuando el padre está ausente y se ignora su existencia y paradero, se duda con razón qué debe hacerse. Y si transcurren tres años

---

<sup>40</sup> Reglas de Ulpiano. *opus cit.*, pág. 41

<sup>41</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 101

<sup>42</sup> Cfr. IGLESIAS, Juan. *opus cit.*, pág. 487

ignorándose donde está y si vive, no se prohíbe que sus descendientes de ambos sexos contraigan matrimonio conforme a la ley." (D.23.2.10.)" Justiniano se inclinó por ésta facultad y la aceptó en lo que se conoce como el Derecho de Justiniano.

Sólo las personas que eran *sui iuris* ( solo el paterfamilias era *sui iuris*, los demás miembros bajo su poder participaban en la vida jurídica romana solo a través de él y eran considerados *alieni iuris*), podían celebrar matrimonio sin el consentimiento de nadie, sin importar la edad.

Con el tiempo, estas condiciones se fueron suavizando y es durante la época del emperador Augusto, en donde en el año de 736 d. C. en Roma, se permite a los hijos casarse, sin autorización del paterfamilias. La *patria potestas* pareció a los juristas clásicos una verdadera institución de la romanidad casi inviolable,<sup>44</sup> en la que la costumbre y tradición se imponían por sobre la libertad de los *sui iuris*.

### 2. 3. 2 Edad de la pubertad

Se considera pubertad, como aquella edad en la que tanto hombre como mujer, están en condiciones físicas de realizar el principal objeto del matrimonio, que es el de procrear descendientes y dar así continuidad a su familia. " ...los casianos dicen que son púberes aquellos que lo demuestran por su desarrollo corporal, esto es que pueden procrear; pero

<sup>43</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 103

<sup>44</sup> Cfr. SCHULTZ, Fritz. *opus cit.* Pág. 103

para los proculeyanos son púberes los que han cumplido los catorce años; para Prisco son púberes con certeza aquéllos que reúnen el desarrollo físico y el número de años.”(Ulpiano XI, 28)<sup>45</sup> La edad para la pubertad variaba dependiendo el sexo del sujeto, para las mujeres se consideraba que ésta daba inicio a los doce años y para los hombres ésta era a discreción del *paterfamilias*, quien después de hacer un cuidadoso examen del desarrollo del cuerpo (*inspectio corporis*) de su hijo o *alieni iuris*, determinaba si éste había alcanzado la pubertad, por las señales que presentaba, por lo general esto ocurría a los catorce años.

Posteriormente hubo intentos por cambiar la antigua costumbre en que se determinaba la pubertad en los varones (*inspetio corporis*); bajo el imperio de los Proculeyanos se propuso que la edad que se debía considerar como puberta, eran los catorce años, pero los Sabinianos se inclinaban por la antigua costumbre de inspección corporea, en donde los rasgos físicos indicaran la llegada de la pubertad. Finalmente la moción que se oponía a la vieja tradición fue rechazada más tarde por Justiniano, quien se proclamó por la antigua costumbre.

Podemos imaginarnos lo obsoleto e inaplicable que resultaría la aplicación de una norma similar en nuestros tiempos, ya que la pubertad bien podría ser una actitud, en la que los cambios físicos, no reflejan necesariamente una madurez o estatus mental avanzado.

---

<sup>45</sup> Reglas de Ulpiano, *opus cit.*, pág. 80

### 2. 3. 3 Connubium

Ulpiano sancionaba al respecto "El derecho de contraer matrimonio legítimo (*connubium*) es la facultad jurídica de tomar esposa."(Ulpiano V, 3.)<sup>46</sup> Se podría definir como la capacidad legal para contraer el *iustae nuptiae* (*matrimonium iustum*). Era preciso que los contrayentes tuvieran recíprocamente, uno respecto del otro, ésta capacidad. La ciudadanía romana era una condición indispensable para la existencia del *connubium*, y evidentemente los esclavos<sup>47</sup>, los latinos y peregrinos carecían de esta condición.

Sin embargo, el privilegio de obtener el *connubium* se fue flexibilizando, muestra de ello fue la *Lex Canuleia* en el año 445 a. C. misma que dotó a los plebeyos de tan ansiado derecho y hasta el año 212 d. de C. el edicto de Carcalla beneficia a los peregrinos, dejando fuera solamente a los esclavos y bárbaros de la posibilidad de tener el derecho de *iustae nuptiae*.<sup>48</sup>

Pero no bastaba el sólo hecho de tener el absoluto derecho, para contraer nupcias existían impedimentos, que eran relativos o por motivos de conveniencia y hasta por carácter político, como los que en el siguiente numeral se mencionan.

<sup>46</sup> Reglas de Ulpiano *opus cit.*, pág. 42

<sup>47</sup> Cfr. (Ulpiano V, 5.) Reglas de Ulpiano *opus cit.*, pág. 42

<sup>48</sup> Cfr. DI PIETRO, Alfredo, *opus cit.*, pág. 370

## 2. 4 IMPEDIMENTOS PARA CELEBRAR EL IUSTAE NUPTIAE

“Sin embargo, no nos está permitido casarnos con cualquier mujer, pues respecto de algunas hemos de abstenemos de matrimonio”. (*Inst. Gayo*, I. 58)<sup>49</sup> El derecho romano concebía diversas causas por las cuales no se podía llevar a cabo una unión matrimonial, aún cumpliendo con todos los requisitos generales para poder contraer *Iustae Nuptiae*, y éstas eran concebidas como los “impedimentos matrimoniales”, mismos que la sociedad romana observaba para oponerse a la celebración del matrimonio. Estos motivos pueden ser por razones de parentesco, afinidad, en consideraciones político - sociales , en la existencia de un lazo conyugal anterior y por último por cuestiones penales (adulterio y rapto).

### 2. 4. 1 Parentesco

“ Entre aquellas personas que se da una relación de ascendiente o descendiente no puede contraerse matrimonio, pues no hay entre ellas derecho al mismo, como por ejemplo entre el padre y la hija o entre la madre y el hijo o entre el abuelo y la nieta, y si tales personas se unen entre sí, se diría que han contraído un matrimonio sacrilego e incestuoso.”(*Inst. Gayo*, I. 59)<sup>50</sup> El derecho romano prohibía estrictamente el matrimonio en línea directa, o sea entre parientes que descienden unos de otros (ascendiente - descendiente) hasta lo infinito, por violar la moral y el respeto debido a los ascendientes. Además está prohibido el casorio en línea colateral, entendiéndose como parientes descendientes de un

<sup>49</sup> Gayo Instituciones. *opus cit* Pág. 51

<sup>50</sup> Gayo Instituciones. *opus cit* Pág. 51

mismo autor común como los hermanos o entre personas de las cuales alguna sea hermana o hermano de un ascendiente del otro, como entre tía y sobrino, tío y sobrina.<sup>31</sup>

#### 2. 4. 2 Afinidad

Se llama así al lazo que une a cada esposo a los parientes del otro esposo. Pero vale hacer notar que esta prohibición no toma sentido sino cuando la afinidad ha sido disuelta por la terminación del matrimonio. Este tipo de prohibición se extendía entre parientes afines en línea recta, hasta el infinito. La restricción estaba vigente durante (obvio, por la prohibición de contraer nupcias con dos personas) y después del matrimonio<sup>32</sup> que daba origen al parentesco por afinidad. El celebrar un matrimonio de esta naturaleza era ilícito y de hecho se extiende el obstáculo entre cuñada y cuñado, como así lo sostenía Constantino y posteriormente Justiniano.

#### 2. 4. 3 Impedimentos basados en consideraciones político sociales

Los romanos eran una sociedad muy clasista y llevaron al extremo sus preceptos al grado de prohibir matrimonios en función de la clase o status político, el emperador Augusto, recrudesció aún más éste tipo de impedimentos, siendo congruente con sus ideas de nacionalismo y supremacía romana. Este tipo de restricciones obedecían precisamente a una sociedad elitista, en las que el solo hecho de ser ciudadano era vital para exigir derechos esenciales. Desde los inicios de Roma, el lazo conyugal entre patricios y

<sup>31</sup> Cfr. (Gayo, I. 63) Gayo Instituciones. *opus cit.* Pág. 51

<sup>32</sup> Cfr. (*Ibid*) Gayo Instituciones. *opus cit.* Pág. 51

plebeyos estaba prohibido, según disposición expresa de la Ley Decenviral misma que fue derogada por la Ley Canuleia del año 445 a. de C. Tampoco se permitía el matrimonio entre \* ingenuos y \* libertos, de igual forma no se permitió el matrimonio a gobernadores y sus hijos, con una mujer domiciliada en su provincia, el tutor y sus hijos tenían prohibido el casarse con su pupila; también existía prohibición a la clase senatorial de contraer matrimonio con libertas o mujeres "abyectas": actrices, prostitutas, etc. "La ley Julia prohíbe a los senadores y a sus hijos tomar por mujer a las libertas dedicadas a la representación en las diversiones públicas o que lo hubieran hecho el padre o la madre de ella, asimismo con la que comercia con su cuerpo." (Ulpiano XIII, 1)<sup>53</sup>; este tipo de impedimentos fue cambiando paulatinamente al grado que Augusto prohibió la unión entre libertos y personas de dudosa profesión.

#### 2. 4. 4 Impedimento basado en la existencia de un lazo matrimonial anterior

En Roma siempre se observó el principio de la monogamia: "...una misma mujer no puede estar casada al mismo tiempo con dos, como tampoco un mismo hombre puede tener dos mujeres." (Gayo, I. 63)<sup>54</sup>; los contrayentes debían estar libres de todo lazo, antes de pretender contraer nupcias. Las mujeres estuvieron más reguladas e éste respecto, con la imposición de diversas restricciones de tiempo para contraer nupcias;

<sup>53</sup> *Ingenuo*.- Es el ciudadano romano pleno nacido como tal y se encontraba a la cabeza de la escala que iba de la ciudadanía hasta la extranjería plena.

<sup>54</sup> *liberto*.- El liberto era un ex-esclavo manumitido conforme al *ius civile* tenía todos los privilegios que un ciudadano romano excepto los siguientes: el *ius honorum* (derecho a ser elegido por una magistratura) y el *ius conubii* (derecho de casarse en iustae nuptiae).

<sup>55</sup> Reglas de Ulpiano. *opus cit.*, pág. 84

<sup>56</sup> Gayo Instituciones. *opus cit.* Pág. 51

debían esperar hasta diez meses después de la muerte de su marido o en caso de divorcio, esto con la finalidad de evitar dudas acerca de la paternidad del producto concebido, en caso de que la mujer se encontrara embarazada.<sup>55</sup>

#### 2. 4. 5 El adulterio y el rapto

“La que ha sido sorprendida en adulterio es condenada como en juicio público; por eso, si se dice que una mujer ha sido condenada por adulterio, no solo será degradada por ese hecho, sino también por que fue condenada en juicio público.”(D. 23. 2. 43. 12 *Ulp. 3 ad leg.*)<sup>56</sup> Una relación que se iniciaba con adulterio o rapto, era vista como algo reprochable, el primero en orden, ya era considerado como una violación en la *lex Julia* y el segundo fue introducido en la era cristiana, por lo anterior, estaba prohibido el matrimonio entre el raptor y la raptada, así como entre el adúltero y la adúltera, esto último refleja nuevamente el criterio y la congruencia de los romanos al absoluto respeto de una relación monogámica, además de la postura tan estricta que guardaban respecto de los adúlteros y raptadores quienes como señala el *Digesto* eran degradados y sujetos a juicio; estos principios son un verdadero adelanto del derecho romano al reprobar y castigar severamente una conducta que afectaba al *iustae nuptiae*.

<sup>55</sup> Cfr. DI PIETRO, Alfredo. - Lapieza Elli, Angel Enrique. *op. cit.*, pág. 372

<sup>56</sup> El *Digesto* de Justiniano. *opus cit.*, pág. 101

## 2. 5 EFECTOS DEL MATRIMONIO

Hemos mencionado anteriormente, el como ha sido considerado el matrimonio para los romanos, éste en el "período clásico", carecía de normas concernientes a los efectos una vez celebrado el matrimonio. Lo que sí es claro, es que los romanos aún cuando tenían limitados los derechos civiles de las mujeres en otras cuestiones, en cuestión de matrimonio, consideraban a la mujer en un plano de absoluta igualdad, la desposada mantenía el nombre de su familia originaria, las relaciones jurídicas no otorgaban al hombre poder alguno sobre su mujer, aún cuando debemos dejar claro que los varones gozaban de la indulgencia en ciertas prerrogativas, como veremos más adelante.

### 2. 5. 1 En relación a los esposos

Fidelidad.- La mujer era responsable de su infidelidad sexual y no así el hombre, quien no era responsable en caso de incurrir en esta conducta anormal, al menos así se consideró hasta el inicio de la época cristiana. Lo anterior obviamente era injusto, razón por la cual es importante analizar las consideraciones que al respecto hacían los romanos. " ....el derecho romano trata más severamente a la esposa que al marido, ya que la infidelidad de aquella introduce sangre extraña en la familia. Las <aventuras> del marido, siempre que no tengan lugar en el domicilio conyugal no son causa de divorcio, en cambio la mujer comete siempre un delito público."<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> D'ORS, J. A. Derecho Romano Privado. *opus. cit.*, pág. 210

El hecho de que la mujer pudiera quedar embarazada de una relación adúltera *-turbatio sanguinis-*, constituía en sí la principal razón por la cual se le trataba con mayor severidad que al hombre, ya que el producto de una unión adúltera si la mujer no era sorprendida, recibía todos los derechos que un hijo legítimo, entre ellos la ciudadanía romana, por lo que el violar la fidelidad conyugal, no sólo representaba una ofensa para el marido, esto representaba a su vez una ofensa al pueblo romano.

Para facilitar las cuestiones de reconocimiento de un hijo nacido dentro del matrimonio, el derecho romano estableció ciertos lineamientos, para determinar si el descendiente era *justus*, fijando en trescientos días la duración del embarazo más largo y en ciento ochenta días la duración del embarazo más corto, de tal forma que solo se reconocían los hijos nacidos ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio y los nacidos trescientos días después de disuelto el matrimonio.<sup>54</sup>

Afinidad.- El matrimonio concede por su sola celebración vínculo de afinidad, con los parientes de un cónyuge y el otro. Este efecto del matrimonio es en sí el reconocimiento de respeto que se deben los parientes de cada uno de los cónyuges para con la familia de su pareja. Inclusive después de disuelto el matrimonio, el derecho romano prohibía el matrimonio con la suegra o el suegro<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Cfr. (D. 50. 12) El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 322

<sup>55</sup> Cfr. Instituciones de Justiniano. *opus cit.*, pág. 32.

Derechos a alimentos y sucesorios.- Los cónyuges se debían recíprocamente alimentos, y éstos se determinaban considerando las posibilidades del que los debe y de las necesidades del que se los pide. “...se imponga al marido el deber de proporcionar a su mujer todas aquellas atenciones, darle alimentos, procurar su remedio y no dejar de hacer nada de aquello que un marido debe suministrar a una mujer.”(D. 24. 3. 8. *Ulp. 33 ed.*)<sup>60</sup> Además de los derechos sucesorios de que se hacían objeto recíprocamente por el solo hecho de estar unidos en matrimonio.

Prohibición de acciones penales e infamantes.- El derecho romano prohibía a los cónyuges el entablar acciones penales o infamantes entre sí<sup>61</sup>, esta modalidad fue dispuesta por Justiniano, quien consideraba conductas así como un verdadero atentado contra el matrimonio.

## 2. 5. 2 Con respecto a los hijos

“Están sometidos a la potestad del padre los nacidos en matrimonio legítimo.” (Ulpiano V. 1.)<sup>62</sup> Los hijos concebidos en una unión conyugal legítima, se hacían ciudadanos romanos y caían bajo la potestas de los padres<sup>63</sup>, sin importar el estado civil de la mujer, considerando que existe *conubium* entre ella y el ciudadano romano, además de que se encuentren sujetos a la autoridad del padre, o del abuelo paterno, cuando el padre

<sup>60</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 172 y 173.

<sup>61</sup> Cfr. BONFANTE, Pedro. *opus cit.*, pág. 187

<sup>62</sup> Reglas de Ulpiano. *opus. cit.*, pág. 41

<sup>63</sup> Cfr. (Gayo, l. 57) Gayo Instituciones. *opus cit.* Pág. 50

es *alieni iuris*. En cambio entre los hijos y la madre sólo existe un lazo de parentesco natural, de cognación, en el primer grado.

Además de la ciudadanía romana existían exigencias que los padres estaban obligados cumplir para con sus descendientes, la forzada y mas necesaria era la de proporcionar alimentos, en este sentido los romanos mostraron grandes avances: "Se entiende que mata no solo el que ahoga al recién nacido, sino también el que lo expone, el que deniega los alimentos y el que lo entrega a las casas de misericordia, de una misericordia que él no tiene." (D. 25. 3. 4 *Paul. 2 sent.*)<sup>64</sup>

Cabe destacar que la obligación de proporcionar alimentos no era exclusiva de los hijos considerados como legítimos o sobre los cuales se ejercía la potestad, ésta exigencia iba incluso mas allá y se benefició a los descendientes aun que no estuvieren bajo la patria potestad.<sup>65</sup> Otra disposición interesante dentro del Digesto de Justiniano la encontramos en que la obligación de dar alimentos también era exigible a la madre: "En consecuencia obligamos también a la madre a dar alimentos a sus hijos legítimos, así como que éstos le den a su madre." (D. 25. 3. 4. *Ulp. 2 de off. cons.*)<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 193.

<sup>65</sup> Cfr. El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 194.

<sup>66</sup> Cfr. El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 194.

## 2. 6 MATRIMONIO *MANUS MARITI Y SINE MANU*

La patria potestad en el derecho romano era una facultad civil muy importante para los romanos, al *paterfamilias* se le otorgaban como hemos venido analizando, diversas facultades que van más allá de las que conocemos en nuestra época al ejercer la patria potestad. "Pero así como bajo potestad tanto pueden estar los varones como las hembras, bajo la *manus* sólo pueden entrar las hembras." (Gayo, I, 104)<sup>67</sup> La patria potestad no era pues la excepción tratándose del matrimonio e influía hasta en el matrimonio de los tutelados por el *paterfamilias*, especialmente a las mujeres, quienes al contraer nupcias pasaban a ser *agnadas* a la familia de su esposo, lo cual significaba un traspaso de la *manus* de su *paterfamilias* a su nueva familia. Existían diversas formas de llevar a cabo la cesión de la *manus* y son precisamente las que a continuación se describen:

### 2. 6. 1 MATRIMONIO *MANUS MARITI*

El traspaso de la *manus* no se producía automáticamente por el solo hecho de celebrar el matrimonio, existían para ello disposiciones que cumplir. La *manus* era la figura jurídica por medio de la cual el marido, se subrogaba en todos los derechos y obligaciones del *paterfamilias* de la esposa, de esta forma pasaba a la *domus* de su esposo, ocupando el

---

<sup>67</sup> Gayo Instituciones, *opus cit.* Pág. 69

\* *agnadas*.- proviene de *agnatio*, éste consiste esencialmente en un sistema patriarcal, en donde solo el parentesco por línea paterna contaba en derecho.

\* *manus*.- Era una institución jurídica que consistía en la naturalización doméstica de la mujer en la *domus* del marido.

lugar de una hija; "...sí por cualquier causa la mujer entra bajo la manus del marido se acepta que surgen de ella los derechos de una hija."(*Gayo*, 1. 115 b.)<sup>68</sup>

El Derecho Romano reconocía tres formas de entrar a la *manus maritis*, que no significan formas de celebrar matrimonio, sólo la absorción de la mujer a la *domus* del marido o su familia según sea el caso. "...se entraba bajo la *manus* de tres modos: por el uso, por el pan llamado *farreo* y por la *coemptio*."(*Gayo*, 1. 109)<sup>69</sup>

### 2. 6. 1. 1 *Confarreatio*

Se llamaba *confarreatio*, por el hecho de que la ceremonia de adquisición de la *manus* se hacía por el pan *farreo* " Por el pan <*farreo*>entran bajo la *manus* mediante una especie de sacrificio que se hace a Júpiter Fárreo ofreciéndole un pan de trigo, de ahí que se emplee también el nombre de *confarreatio*, requiriendo además la validez jurídica del acto otros muchos ritos, pronunciándose palabras determinadas y solemnes y estando presentes diez testigos."(*Gayo*, 1. 112)<sup>70</sup>

"...los sacerdotes mayores, como son los sacerdotes de Júpiter, los de Marte y los de Quirino y los regidores del culto sagrado, no pueden ser elegidos si no han nacido de un

<sup>68</sup> Gayo Instituciones. *opus cit.* Pág. 73

<sup>69</sup> Gayo Instituciones. *opus cit.* Pág. 69

<sup>70</sup> Gayo Instituciones. *opus cit.* Pág. 71

matrimonio en que se haya celebrado este acto y tampoco pueden mantenerse en el sacerdocio si se abstienen de realizar la *confarreatio* llegado el matrimonio.”<sup>71</sup>

Con el tiempo esta ceremonia fue tomándose obsoleta, ya que como se menciona anteriormente sólo los hijos nacidos de este tipo de matrimonio, podían ocupar altos cargos religiosos. Las consecuencias de ésta disposición ocasionaron que con el tiempo no existieran candidatos disponibles, para ocupar puestos sacerdotales. Esta ceremonia fue practicada durante todo el periodo clásico y post-clásico en tanto subsistieron sacerdotes paganos, y solo fue respetada por los sectores más conservadores y por los ortodoxos.

### 2. 6. 1. 2 *Coemptio*

“Entran bajo la *manus* por *coemptio* mediante una especie de *mancipatio*, esto es, mediante una especie de ceremonia de venta, pues presentes no menos de cinco testigos púberos y ciudadanos romanos y el portador de una balanza, aquel que va a adquirir la *manus* sobre la mujer actúa como comprador de la misma.” (Gayo 1, 113)<sup>72</sup> Esta era una forma de *mancipatio* y consistía en que la mujer era vendida a su marido, por el *paterfamilias* si era dependiente o autorizada por el tutor si es que no estaba sujeta a la

<sup>71</sup> Gayo Instituciones, *opus cit.* Pág. 71

<sup>72</sup> Gayo Instituciones, *opus cit.* Pág. 71

\* *Mancipatio*.- Era una de las seis formas de adquirir la propiedad en el *ius civile*. “Pues todas las personas que tienen la consideración de descendientes, y tanto del sexo masculino como del sexo femenino, que se encuentren bajo la patria potestad de un ascendiente, pueden ser entregados en *mancipatio* a otro, del mismo modo que pueden ser también entregados a otro los esclavos. (Gayo, 1, 117) Gayo Instituciones, *op. cit.* Pág. 73

patria potestad *-sui iuris-*. En ambos casos al momento de celebrar la venta, se pactaba una cláusula especial, por medio de la cual se dejaba claro que la venta no era en calidad de esclava, sino por *matrimonii causa*<sup>73</sup>, quedando de esta forma sometida la mujer al *manus* del marido. Esta forma de adquirir la *manus*, fue perdiendo fuerza durante el último siglo de la República, y una de las razones que llevaron a la obsolescencia esta práctica, fue netamente humanitaria, por el desprecio que sentían las mujeres al ser tratadas como objetos de comercio, por el traspaso de la *manus*.

### 2. 6. 1. 3 *Manus usus*

Otra forma de adquirir la *manus* de la esposa era a través del *usus* y este consistía en la posesión continuada de la mujer durante un año. La ley de las Doce Tablas dispuso que si la mujer no quería estar sometida a la *manus usus*, debía de ausentarse tres noches de la casa cada año, así se interrumpía el tiempo que exigía la ley y en consecuencia no quedaba la mujer sujeta a la patria potestad.<sup>74</sup> Fue hasta la época del emperador Augusto, en donde se abolió esta práctica y sucumbe plenamente durante la época clásica.

### 2. 6. 2 MATRIMONIO *SINE MANUS*

El matrimonio romano podía llevarse a cabo sin la obligación de traspasar la *manus* y esta forma se daba precisamente en el matrimonio *sine manus*, en donde la mujer no salía de su familia y no era por consiguiente agnada por su marido o su familia. La mujer ocupaba

<sup>73</sup> Cf. (Gayo, 1. 114) Gayo Instituciones, *opus cit.* Pág. 71

<sup>74</sup> Cf. (Gayo, 1. 111) Gayo Instituciones, *opus cit.* Pág. 69

al celebrar este tipo de matrimonio, el mismo plano de igualdad jurídica que su esposo, y continuaba siendo considerada como hija y sometida a su *paterfamilias* o si no se hallaba *in potestate patris*, debía serle nombrado un tutor, éste último no podía ser el marido ya que no era usual, ni legítimo.<sup>75</sup>

Este tipo de matrimonio romano tuvo gran aceptación e influencia en la sociedad romana a fines de la República y es el parteaguas por ser el principio de la decadencia de la familia tradicional romana, en la que la figura del *paterfamilias* era toda una institución y pilar de la sociedad.

## 2. 7 LEGISLACIÓN CADUCARIA

La legislación caducaria, tuvo como propósito a comienzos de la época imperial el lograr el crecimiento poblacional, estaba representada principalmente por la ley *Iulia de maritandis ordinibus* ( año 18 a. de C) y la ley *Pappia Poppaea* ( año 9 de C)<sup>76</sup>; la primera legislación tenía como objetivo además de establecer las prohibiciones o impedimentos para evitar la mezcla de clases con personas indeseables o de baja condición, el de imponer la obligación de casarse, para los varones de edades comprendidas entre los 25 y los 60 años y a las mujeres entre los 20 y los 50 años<sup>77</sup>; la segunda legislación en orden disponía que el matrimonio tenía que ser fecundo dentro de

---

<sup>75</sup> Cfr. SCHULTZ, Fritz. *opus cit.*, Pág. 112

<sup>76</sup> Cfr. IGLESIAS, Juan. *opus cit.*, pág. 490

<sup>77</sup> Cfr. (*Ulpiano XIV. 1 y 4*) REGLAS DE ULPIANO. *opus cit.*, pág. 88 y 89

las edades señaladas, ya que Augusto (con espíritu nacionalista), pretendía el crecimiento de la población romana, para llevar a cabo sus proyectos de grandeza que necesariamente requerían el aumento demográfico de Roma, la cual se encontraba diezmada por las luchas civiles.

Este emperador nacionalista veía con desdén el hecho de que los ciudadanos romanos no querían casarse para luego engendrar hijos, o que bien estando unidos en matrimonio, no tuvieran descendencia, razón por la cual instaura una política en el año 18 a. de J. C., con el objeto de direccionar el comportamiento de los ciudadanos romanos, castigándolos o premiándolos.

Las legislación caducaria estaba impuesta de serie de beneficios y repercusiones a los ciudadanos romanos; en cuanto a beneficios se refiere, se hacían concesiones de pequeños honores, billetes de ingreso a teatros, privilegios en materia de sucesiones y tutela, en breve, aquellos ciudadanos romanos que acataban la legislación de Augusto, recibían privilegios que hacían más placentera su estancia en Roma<sup>78</sup>; en cuanto a aquellos que no atendían lo dispuesto por el emperador se imponían sanciones diversas, que estipulaban que los *caelibes* (los que permanecían solteros) y *orbi* (cónyuges sin hijos) tenían prohibido el recibir herencias y legados de personas que no pertenecían a su familia inmediata.

---

<sup>78</sup> Cfr. SCHULTZ, Fritz. *opus cit.* Pág. 103

La incapacidad mencionada anteriormente se llamó *incapacitas* sucesoria y los bienes que no podían adquirirse a causa de la *incapacitas* se denominaban bienes caducos y pasaban a otros herederos y/o legatarios, o en su defecto al fisco “ Hoy, por una constitución del emperador Antonino todos los bienes caducos pertenecen al fisco.” (Ulpiano 17. 2.)<sup>79</sup>. Además de las sanciones anteriores, se imponían toda clase de obstáculos en sus carreras públicas y otras acciones que implicaban una verdadera molestia.

“Quedan exentas de la ley *Julia* las mujeres después de la muerte del marido durante un año, por divorcio durante seis meses; así mismo le ley *Pappia Poppaea* establece dos años por la muerte del marido y por repudio un año y seis meses” (Ulpiano, XIV)<sup>80</sup> Destaca dentro de la aplicación de las legislaciones caducarias el hecho de que se otorgaba una dispensa o suspensión temporal a su aplicación, en los caso en los que devenía un divorcio, muerte o repudio, quedando la obligación de cumplir con los preceptos de Augusto, una vez transcurrido el periodo de gracia.

Como es de esperarse esta política de premios y castigos, trajo consigo muchos disidentes que vieron (como era de esperarse) con total repudio una intromisión en su vida conyugal, sin dejar de mencionar que medidas de este tipo traen consigo comportamientos que no eran los esperados, con el fin de evitar ser sancionados, como el hecho de que se disolvieran matrimonios estériles aún existiendo *affectio maritis*, matrimonios fingidos en

<sup>79</sup> Reglas de Ulpiano. *opus cit.*, pág. 90

<sup>80</sup> Reglas de Ulpiano. *opus cit.*, pág. 86

donde no se daba *affectio maritis*, paternidades simuladas, y en general una amplia gama de conductas para finalmente evadir una legislación inobservable por naturaleza.

Como se mencionó anteriormente la finalidad de las disposiciones de Augusto eran evidentemente lograr el aumento en la densidad poblacional otra medida que se tomó al respecto fue la de Séptimo Severo y Antonio Caracalla, quienes reforman las disposiciones de Augusto y asientan el castigo al aborto<sup>11</sup>; por lo que la vida de un hijo legítimo en cualquier fase desde el momento de su concepción era velada, se sancionaban el aborto deliberado, la mujer que lo cometía era desterrada, por haber faltado a su marido al negarle tener descendencia. Esta norma era un verdadero adelanto a su época, ya que sin importar los motivos por los cuales se dispuso, cuidaba de la vida de un ser humano. Finalmente el sistema de penas implantado por las leyes augusteas queda sin efecto en la época de Constantino y sus sucesores, por la influencia del cristianismo. Vale la pena hacer una reflexión a la Legislación Caducaria y preguntarnos si una disposición legal semejante tendría efectos positivos en naciones en donde el crecimiento demográfico es prácticamente igual a cero.

Aunque con considerables diferencias a la Legislación Caducaria, en algunos países se otorgan subsidios fiscales y apoyos a las familias que deciden tener descendientes, para resolver un problema que se espera grave en el futuro por falta de habitantes; en México

---

<sup>11</sup> Cfr. (D. 47. 11. 4.) El Digesto de Justiniano. *op. cit.*, pág. 520

ya sea para bien o para mal, estamos muy lejos de tener un problema de bajo crecimiento demográfico.

## **2. 8 DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO**

El paterfamilias tuvo durante muchos siglos la facultad de dar por concluido el matrimonio unilateralmente en el momento en el que así le complacía; este abuso que afectaba notoriamente a la familia romana, concluyó cuando Antonino el Piadoso (quien honor le hizo al nombre) y Marco Aurelio determinaron terminar con esta arbitrariedad.<sup>82</sup>

"El matrimonio se disuelve por el divorcio, la muerte, el cautiverio de guerra o eventual caída en esclavitud de cualquiera de los cónyuges." (D. 24,2, 1 *Paul. 35 de.*)<sup>83</sup> Las causas de disolución del matrimonio consideradas por los romanos, son precisamente a las que a continuación haremos referencia.

### **2. 8. 1 La muerte de uno de los esposos**

Cuando fallecía uno de los cónyuges se tenía por disuelto el matrimonio, aunque existían determinadas diferencias, si moría la mujer, el viudo podía contraer nupcias inmediatamente, pero la viuda debía guardar luto durante diez meses, en señal de respeto y para que no existieran dudas acerca de la paternidad de los hijos (*turbatio*

<sup>82</sup> Cfr. SCHULTZ, Fritz. *opus cit.* Pág. 109

<sup>83</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 164.

*sanguinis*) que pudieran nacer durante el periodo de luto forzoso<sup>44</sup>. Una violación a este precepto llevaba a la infamia al nuevo marido, así como a los ascendientes de los contrayentes por permitir un matrimonio antes de tiempo y desde luego a la misma mujer.

### **2. 8. 2 La pérdida del *connubium*, o cautividad**

La pérdida del *connubium* era por el resultado de la reducción en esclavitud, si alguno de los esposos era hecho prisionero por el enemigo, se disolvía el matrimonio, quedando disuelto aún al regreso del cónyuge hecho prisionero.<sup>45</sup> Justiniano reconsideró esta postura y fija un término de espera mínimo de cinco años para dar por disuelto el matrimonio, por considerar la supervivencia incierta. Si el cónyuge regresaba después del tiempo estipulado, se le consideraba como divorciado y quedaba sujeto a las penas establecidas en caso de divorcio.

Podía darse el caso en que los esposos estuvieren en cautiverio juntos, para lo cual el derecho romano dispuso, la no disolución del matrimonio en tanto que no hubiere cesado la cohabitación (condición indispensable para considerar la existencia de *Iustae Nuptiae*) entre ellos. Y por consiguiente se tenían por legítimos los hijos de la pareja aún nacidos en cautiverio.

---

<sup>44</sup> Cfr. (D. 3, 2, 1) El Digesto de Justiniano. *opus cit.*.

<sup>45</sup> Cfr. PETIT, Eugene. *opus cit.* .pág. 109

### 2. 8. 3 El divorcio

Como así lo asentamos al principio del presente trabajo de investigación pretende el análisis del matrimonio en el derecho romano y su aportación al derecho vigente, el divorcio se abarcará únicamente como referencia pero sin profundizar en el, ya que es precisamente una de las maneras en las que puede concluir el matrimonio.

"Se llama divorcio por que supone una divergencia de pareceres, o por que se van a diversas partes los que deshacen el matrimonio."(D. 24, 2, 1. *Gai. 11 de. prov.*) Al igual que la celebración del matrimonio, el divorcio romano en sus inicios no exigía formalidad, el primer descasamiento del que se tiene referencia en Roma ocurrió transcurridos cinco siglos y fue el de *Spurius Carvilius Ruga*, quien lo solicitó alegando causa de esterilidad en su mujer, este divorcio causó, en su época, sorpresa y polémica, ya que la pureza de las costumbres romanas hizo que los divorcios fueran cosa rara.<sup>66</sup>

Durante las primeras épocas de Roma en la que al paterfamilias tenía todo derecho sobre su familia, no podía proceder una solicitud de divorcio por parte de la mujer. Este obstáculo para las mujeres fue eliminado al finalizar la República y posteriormente les permitía divorciarse y obligar al marido a renunciar a la *manus*.

---

<sup>66</sup> Cfr. BONFANTE, Pedro. *opus cit.*, pág. 191

En la época clásica, para llevar a cabo el divorcio, bastaba con un simple aviso o comunicado de palabra no formal, exigencia que traía implícita la cesación de la vida en común. Situación extrema en esta época consistió en que los *paterfamilias* de los cónyuges podían llevar a cabo el divorcio sin el consentimiento de sus hijos. Esta norma fue derogada posteriormente por Marco Aurelio.

“El divorcio romano consiste en suprimir, por iniciativa de uno de los cónyuges o de ambos, la comunidad de vida que el matrimonio implica, con plena conciencia de que con ello se hace cesar el vínculo matrimonial”.<sup>77</sup> Tenía lugar *bona gratia* o con la voluntad de una sola de las partes, en cuyo caso se denominaba como repudio.

Como se asienta anteriormente el divorcio dentro del régimen justinianeo podía llevarse a cabo de dos maneras, *bona gratia*, por la mutua voluntad de los esposos, no existiendo más formalidad que el simple acuerdo de las partes. La segunda manera de divorciarse era por repudiación, o lo que es lo mismo por la voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges.

Durante el derecho post-clásico y por influencia del cristianismo se lleva a cabo una batalla contra el divorcio, se establecen penas y desventajas patrimoniales para desalentar su práctica, pero el hecho era que el divorcio no se niega. En el derecho justinianeo se

---

<sup>77</sup> KASER, Max. *opus cit.*, pág. 191

introdujo la exigencia de redactar un escrito que formalizase el divorcio, hecho que posteriormente se convirtió en una exigencia legal por Justiniano, aunque seguía vigente el hecho de suplir el escrito si el divorcio se llevaba a cabo con siete testigos<sup>88</sup> ciudadanos romanos púberes.

Finalmente respecto al divorcio diremos que con los emperadores cristianos, se limita el divorcio unilateral), determinándose las *iustae causeae*, en las que era lícito (prácticamente similar al divorcio necesario que conoce nuestra legislación vigente); fuera de ellas era castigado o simplemente no procedía.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Cfr. (D. 24, 2, 9) El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 165

<sup>89</sup> Cfr. BONFANTE, Pedro. *opus. cit.*, pág. 192

## CAPÍTULO III

### RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO ROMANO

El régimen de bienes del matrimonio variaba según el tipo de matrimonio realizado, esto es que era diferente el tratamiento si el matrimonio se hubiere celebrado con la esposa *manus mariti*, o *sine manum o libre*, como así se mencionó en el numeral 2.6.

#### 3.1 *UXOR MANUS MARITI*

La regla general en la celebración de matrimonios en el derecho romano, contemplaba una absorción por parte del marido respecto de todos los bienes que tenga su mujer, y si el esposo está sometido a su vez a la patria potestad, entonces el absorbente de los bienes de la mujer era el *paterfamilias*.<sup>90</sup> El objeto de esta norma era el de que sólo existiera un solo patrimonio dispuesto para el marido o su *paterfamilias*.

Si al celebrarse las nupcias en *manus mariti* la desposada era *filia* (sujeta a la patria potestad), su situación no variaba, ya que sometida a su *pater* no disponía de patrimonio propio, lo único que realmente cambiaba era que ahora se encontraba sujeta a la *patria potestad* de su marido o de la *manus* de este último si éste era el caso.

---

<sup>90</sup> Cfr. DI PIETRO, Alfredo. - Lapiezza Elli, Angel Enrique. *opus cit.*, pág. 379

Si al celebrarse la boda la mujer era *sui iuris*, perdía su capacidad patrimonial y todo su patrimonio futuro le pertenecía por derecho a su marido o al pater de éste si es que era *alieni iuris*.

### 3. 2 *UXOR IN MANU*

Este tipo de régimen patrimonial se llevaba acabo cuando "...cada uno de los cónyuges continua manteniendo la situación patrimonial de que gozaba con anterioridad al matrimonio."<sup>1</sup> Aunque quedaba clara la responsabilidad del consorte de proporcionar a la mujer sus necesidades y obligación de velar por la subsistencia del hogar, también era considerado usual el que la mujer confie a su consorte la administración y cuidado de sus bienes. Los bienes que la mujer entregaba a su marido para su administración y cuidado, eran denominados como parafernales y debían ser devueltos por el esposo si se llegaba a una disolución matrimonial.<sup>2</sup>

Respecto de los llamados bienes parafernales, se consideraba que el marido los recibía en calidad de mandatario, debiendo seguir las indicaciones que al efecto recibiera de su esposa, quien seguía siendo la propietaria.

Cuando existían dudas acerca de la propiedad de los bienes en el matrimonio, en la mujer recaía la carga de la prueba y a ella tocaba probar la propiedad de los bienes que

<sup>1</sup> DI PIETRO, Alfredo. - Lapieza Eli, Angel Enrique. *opus cit.*, pág. 380

<sup>2</sup> Cfr. IGLESIAS, Juan. *opus cit.*, pág. 499

reclamaba como suyos. "Dice Quinto Mucio que cuando se discute de donde procede la adquisición hecha por una mujer, es mas ajustado a la verdad y a la buena fama estimar que adquirió de su marido o del que estaba bajo su potestad, todo aquello cuya distinta procedencia no puede probarse. Parece ser que Quinto Mucio aprobó esto para evitar <averiguaciones sobre> ganancias inconfesables de la mujer." (D. 24, 1, 51. *Pomp. 5 ad Q. Muc.*)<sup>93</sup>; a lo anterior se le conocía como la *presumptio muciana*.

### 3. 3 LA DOTE - ( DOS)

Se define a la dote diciendo que es una "*donatio marito delata ad onera matrimonii sustinenda*" o lo que es igual: Una donación hecha al marido para solventar los gastos del matrimonio.<sup>94</sup>

El régimen dotal surgió en Roma, dentro del ámbito del matrimonio, acompañado de la *manus*, y el objeto de esta, en muchos de los casos era el de compensar a la mujer por la pérdida de sus derechos hereditarios al dejar a su familia paterna<sup>95</sup>. Otra razón era precisamente la de que al pasar a la familia de su marido, estos eran responsables de su manutención y por lo mismo era visto como una manera de retribuir al esposo para poder cumplir con las obligaciones que adquiría al celebrarse el *iustae nuptiae*, .."además moralmente obligado a mantenerla y a hacerla partícipe del tono y nivel de su propia

<sup>93</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 161.

<sup>94</sup> Cfr. (D. 23, 3, 56,1) El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 160.

<sup>95</sup> Cfr. IGLESIAS, Juan. *opus cit.*, pág. 501

vida.<sup>96</sup> La dote surgió en el ámbito del matrimonio acompañado por la *manus*, y con la intención de compensar, en alguna medida, la pérdida de los derechos hereditarios que sufría la mujer como consecuencia de la ruptura de su familia paterna.<sup>97</sup>

“La dote debe estar allí donde están las cargas del matrimonio.”<sup>98</sup> La *dos* es una causa general de adquisición, que a su vez, necesariamente presupone el matrimonio, y, por lo tanto, debe tratarse en conexión con él. Esta necesaria conexión hace que la dote sea inexistente si es nulo el matrimonio. “No puede hablarse de dote respecto a matrimonios que son nullos, pues no puede haber dote sin matrimonio; así pues, donde no se puede hablar de matrimonio, tampoco puede haber dote.” (D. 23, 3, 3. *Ulp.* 63 *ed.*)<sup>99</sup>

“Es de interés público que las mujeres tengan a salvo la dote; merced a la cual pueden casarse.”<sup>100</sup> (D. 23, 3, 1 *Paul 14 Sab.*) La dote no era solamente una mera institución jurídica sino también una institución social muy viva en su época. El que una mujer fuese dotada, era en Roma, una situación muy frecuente, la no observancia de esta costumbre era considerada como indecente y por consiguiente socialmente rechazada.<sup>101</sup> Una obligación de honor y de conveniencia imponía al padre dotar a los a sus respectivas hijas y salvo casos excepcionales se obligaba a la madre.

<sup>96</sup> KASER, Max. *opus cit.*, pág. 270

<sup>97</sup> Cfr. IGLESIAS, Juan. *opus cit.*, pág. 501

<sup>98</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 125

<sup>99</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 114

<sup>100</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 114

<sup>101</sup> Cfr. BONFANTE, Pedro. *opus cit.*, pág. 204

“Se puede constituir en dote toda clase de bienes con valor patrimonial: cosas corporales, derechos reales y créditos”<sup>102</sup>. La regla general era que el esposo podía recibir cualquier cosa de valor que sirviese para cumplir con la responsabilidad de mantener a su esposa, incluso la misma remisión de deuda podía constituir *dos*.

La dote que se otorgaba al marido, recibía distinto nombre dependiendo de la persona que la hubiese otorgado, así encontramos en el Digesto de Justiniano, que se conocían dos tipos: “La dote se llama *profecticia*”, cuando la da el padre de la mujer; o bien *adventicia*, cuando la da cualquier otro.” (Ulp. 6, 2 )<sup>103</sup> De lo anterior se desprende el hecho de que los romanos consideraban la posibilidad de que la dote la hiciese otra persona distinta al *paterfamilias* voluntariamente, lo cual era aceptado.

La dote se daba o se concertaba en contrato verbal especial (*dictio dotis*) o se prometía por estipulación ordinaria (*promissio dotis*; en principio pasaba a ser propiedad del marido, pero al respecto hubo una lenta evolución:

A) En los primeros tiempos, el marido podía disponer libremente de los bienes dotales, porque se entendía que el objetivo de su establecimiento eran las cargas del matrimonio.

---

<sup>102</sup> KASER, Max. *opus cit.*, pág. 271

<sup>103</sup> “La dote se llama *profecticia* por que viene del vocablo *profectio*, que significa origen, fuente, procedencia.” “La dote se llama *adventicia* por que proviene de *adventicius* o *adventitius* que significa lo que viene a añadirse por crecimiento o suplemento.” Transcripción de pie de página - Reglas de Ulpiano. *op. cit.*, pág. 50

<sup>104</sup> Reglas de Ulpiano. *opus cit.*, pág. 50

B) En una segunda etapa, se comenzará a poner de relieve que si bien están en poder del marido, son, en realidad de la mujer en caso de disolución del matrimonio. "Efectuado el divorcio si la mujer no está sometida a potestad (*sui iuris*) ella tiene la acción para obtener la repetición de la dote (*actio rei uxoriae*); pero si la mujer está sometida a la potestad del padre, el padre junto con la hija tienen la acción *rei uxoriae*, no interesando si la dote es adventicia o profecticia." ( Ulpiano, 6. 6)<sup>104</sup>

C) En la época justinianea se puede seguir hablando de la propiedad del marido sobre la dote, pero en realidad lo que este detentaba era un usufructo, como así lo estipuló el Digesto: "aun que el marido tiene la dote entre sus bienes, pertenece, sin embargo, a la mujer." (D. 23, 3, 75 )<sup>105</sup>; es por ello que el marido está obligado a emplear, en la administración de los bienes dotales, la misma diligencia que emplea en las cosas propias<sup>106</sup>; es decir, que debe responder ante las pérdidas, deterioros y en toda disminución de valor hasta el límite.

Finalmente en cuanto a la *dos*, diremos que también llegó a constituirse como un mecanismo de presión, hacia el esposo, ya que en caso de actos inmorales u ofensas

<sup>104</sup> Reglas de Ulpiano. *opus cit.*, pág. 51 y 52

<sup>105</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 130

<sup>106</sup> Cfr. DI PIETRO, Alfredo. - Lapiezza Elli, Angel Enrique. *opus cit.*, pág. 382

graves hacia su esposa, estaba obligado a devolver la la dote de inmediato y si la ofensa era considerada como leve se le fijaba un plazo de seis meses.<sup>107</sup>

### 3. 4 DONACIONES

Los cónyuges no podían hacerse mutuamente donaciones y al respecto el Digesto de Justiniano dispone: "Se encuentra recibido en nuestras costumbres que no valgan las donaciones entre cónyuges. Esto se introduce para que no se espoliaran recíprocamente con donaciones sin medida, motivados por el mutuo amor conyugal, y por la facilidad de hacerse tales donaciones." (D.24.1. 1.)<sup>108</sup> Existía en el derecho romano este criterio, ya que se consideraba que no era necesaria una donación por el solo hecho de estar unidos en matrimonio, y por el temor de que al desaparecer el *affectio maritalis* (que podía ocurrir en cualquier momento) el cónyuge donado conservara los bienes después del matrimonio; ahora bien dentro del Digesto, encontramos otra razón mas, del emperador Augusto Antonino para restringir las donaciones entre consortes: "Nuestros antepasados prohibieron las donaciones entre cónyuges, estimando que el amor conyugal debe consistir sólo en las voluntades, defendiendo incluso la fama de los mismos cónyuges, para que no parezca que se compra la paz conyugal con dinero ni venga a caer en la pobreza el mejor de los dos y se enriquezca el peor" ( D. 24, 1, 3 *Jul 17 dig.*)<sup>109</sup>

<sup>107</sup> Cfr. (Ulpiano, VI, 13) Reglas de Ulpiano. *opus cit.*, pág. 53

<sup>108</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 143

<sup>109</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 143

Luego entonces, la regla general es que toda donación entre marido y mujer es nula, con el propósito de evitar que a la sombra de los sentimientos un cónyuge se aprovechara de la generosidad del otro y para no mercantilizar el matrimonio. "Ha de saberse que la donación entre cónyuges está prohibida con el efecto de que el acto sea inválido de propio derecho, por lo cual, si se dona un objeto, la entrega del mismo nada vale, ... pues es nulo de propio derecho todo lo que los cónyuges hagan entre sí a causa de donación." (D.24,1, 3, 10)<sup>110</sup>

Respecto de las donaciones entre cónyuges, es importante señalar a grosso modo lo que Justiniano dispuso al respecto: " La donación por causa de muerte es la que se hace previniendo la muerte, cuando alguno hace donación de tal modo que si sucumbe en el peligro la cosa se hace del donatario; mas si sobrevive vuelve, al contrario, al donante, lo mismo que si revoca la donación, o si el donatario muere antes que él. Estas donaciones se han reducido a una completa semejanza con los legados.(*Instituas*, L. II. T. VII,1)<sup>111</sup>"

Considerando lo antes citado, Justiano no consideraba nulas las donaciones entre esposos, pero lo gracioso es que las aceptaba una vez que hubiere fallecido el donante, esta postura era una verdadera contradicción jurídica, ya que no se puede revalidar, un acto que de origen fue considerado "nulo". Justiano debió considerar las donaciones como una especie de "legado en vida", el cual sólo surtía efectos con la muerte del donante,

---

<sup>110</sup> El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 144

<sup>111</sup> Reglas de Ulpiano. *opus cit.*, pág. 55

situación que obviamente deben regular normas sucesorias, y desde luego en otro marco muy distinto al de una donación.

### **3. 5 COMPLICACIONES PATRIMONIALES EN CASO DE SEGUNDAS NUPCIAS**

Los matrimonios daban a la protección de sus hijos gran importancia y los consideraban a grado tal que en caso de que los padres llevaran a cabo segundas nupcias, éstos debían estar protegidos patrimonialmente.

Los romanos vieron la necesidad de proteger a los hijos de su primer matrimonio en caso de que contrajera segundas nupcias alguno de los padres. De tal forma que lo que un *parens binubus* (cónyuge que pretende contraer nuevas nupcias), hubiera recibido como consecuencia del primer matrimonio no podía ser heredado o donado al nuevo cónyuge, o a los hijos que tuviera el nuevo matrimonio; el padre sólo tenía el derecho de administración y usufructo, mientras que los hijos del primer matrimonio tenían su propiedad. Esta institución no fue una aversión del Cristianismo contra las segundas nupcias, lo que realmente procuraba era la protección de los descendientes del matrimonio anterior.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> Cfr. MARGADANT, S. Guillermo F. *op. cit.*, pág. 218 y 219

## **CAPÍTULO IV**

### **EL MATRIMONIO EN EL DERECHO VIGENTE**

El matrimonio en el derecho civil vigente, como lo conocemos hoy, regula el pilar de la sociedad, es importante el revisarlo, ya que es una de las instituciones más arraigadas en nuestro país, para posteriormente dar principio a la familia. Por lo tanto haremos constantemente referencia al Código Civil para el Distrito Federal (y se extraerán artículos a grosso modo), de donde obtendremos todos los preceptos que rigen al matrimonio actualmente y que tienen toda la fuerza legal de ser observadas, para la sana convivencia de la comunidad; en este caso se refieren expresamente a la institución de la unión en matrimonio como tema central.

#### **4.1 LOS ESPONSALES**

Los figura de los esponsales en la actualidad ha caído en la obsolescencia y aún cuando queda estipulada en nuestro Código Civil, lo cierto es que no se observa como probablemente así sucedió en el pasado. Esta figura heredada de los romanos permanece como constancia que refrenda la gran influencia de estos a nuestro derecho vigente.

La definición de los esponsales es clara en el Código Civil, en su artículo 139, en donde se contempla lo siguiente: “La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales”.

Los esponsales se constituyen por medio de un contrato y por consiguiente, éste debe de cumplir con todos los elementos esenciales y de validez que exigen los artículos 1794 y 1795 del ordenamiento legal de la materia; como elementos esenciales el consentimiento (promesa de matrimonio y aceptación) y el objeto (indicación de ser una promesa de matrimonio) y, como elementos de validez la capacidad (que el hombre tenga 16 años y la mujer 14; si son menores de edad, el consentimiento de los representantes legales), la ausencia de vicios del consentimiento (violencia, error, dolo y lesión), la forma, y un objeto, motivo y fin lícitos.

#### **4. 1. 1 Efectos en caso de incumplimiento de esponsales**

Los esponsales no producen obligación para contraer matrimonio pero eso no significa que la promesa, legalmente celebrada, carezca de efectos; la ruptura sin causa justa causa las siguientes consideraciones:

a) Quien injustificadamente no cumple su promesa, deberá resarcir a su prometido (o prometida) en los gastos que hubiere hecho con motivo del matrimonio. La cuantía de esa responsabilidad será fijada por un juez, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

b) Se deberá indemnizar a la prometida a título de reparación moral con una cantidad de dinero fijada por el juez en relación con la gravedad del perjuicio causado a la inocente.

Para fijar esta cantidad de dinero el juez deberá tener en cuenta: la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes. (artículo 143 del Código Civil).

c) Podrán exigirse mutuamente la devolución de todos aquellos bienes que se hubieren donado con motivo del matrimonio que no se celebró.

La acción para exigir la reintegración de los gastos con motivo del matrimonio, la reparación moral y la devolución de las donaciones, dura un año a partir del rompimiento de la promesa (art. 144 y 145 del Código Civil).

## **4.2 CONCEPTO DE CONCUBINATO Y MATRIMONIO**

Nuestra actual legislación contempla al concubinato aunque lo cierto es que lo ve con desprecio y le asigna un grado menor e incomparable a lo que es el matrimonio, este último representa una verdadera institución social, a continuación analizaremos el concubinato y el matrimonio dentro del marco jurídico vigente, con sus respectivas consideraciones.

### **4.2.1 Concubinato**

El Diccionario de la Real Academia Española define el concubinato al tratar de la concubina, diciendo que ésta es "manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido."<sup>111</sup> En México, considerando lo asentado en el Código Civil podemos definir al concubinato como la cohabitación entre hombre y mujer más o menos prolongada y permanente por un lapso de por lo menos cinco años, requiriendo además

---

<sup>111</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Decimanovena Edición. Madrid, 1970. Vol. II. pág. 30

que ambos sean solteros, de lo contrario se comete entonces el delito de adulterio. Este es un hecho lícito que produce efectos jurídicos.

El derecho vigente ha asumido una posición de desdén respecto del concubinato, ignorándolo de manera absoluta, esto es que no se le considera un hecho ilícito para sancionarlo, y tampoco un hecho lícito que produzca plenas relaciones jurídicas entre las partes. "...el concubinato es un hecho ajurídico, como podría serlo la amistad o los convencionalismos sociales (reglas de educación, de cortesía, de urbanidad, de moda, etc.)"<sup>14</sup>

El concubinato está reglamentado por derecho en cuanto a las consecuencias que derivan de este tipo de uniones en protección de los intereses particulares de los concubinos y de los hijos habidos durante tal unión, a fin de determinar su relación con el padre. Lo anterior fue necesario a consecuencia de ideologías que mantenían como ideal la unión libre, esto es triste si tomamos en cuenta una declaración de Gabriel García Cantero respecto del mundo contemporáneo, en el sentido de que este "...va hacia la unión libre. El futuro es del concubinato".<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> ROJINA, Villegas Rafael. *Compendio de Derecho Civil I.21a.* edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D. F. 1986, pág. 346

<sup>15</sup> GARCÍA Cantero, Gabriel. *El Concubinato en el Derecho Civil Frances.* C. S. I C. Roma - Madrid 1965, pág. 60

Nuestro Código Civil vigente, además de reconocer ciertos derechos a la concubina y a los hijos producto del concubinato, derechos que van desde alimentos, hasta sucesión testamentaria, entre otros. El artículo 383 se refiere expresamente a la situación jurídica de los hijos respecto del padre, en donde se contempla que, "Se presumen hijos del concubinario o la concubina: I.- Los nacidos dentro de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.". Ahora bien también encontramos disposición en el Código Civil para el Distrito Federal, en el numeral 1635, reformado el 27 de diciembre de 1983, en donde se estipula a la letra lo siguiente, " la concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará."

Aún cuando el concubinato no es un hecho ilícito, la Ley sabedora de que el matrimonio es el mejor estado para la base de la familia, se ha visto obligada a normar este tipo de uniones, reconociéndole un grado inferior de unión al del matrimonio, esto con la finalidad de direccionar el comportamiento de los individuos, ahora bien las disposiciones

que encontramos en el ordenamiento legal, son tendientes a proteger a la concubina, quien es la que en la mayoría de las veces sufría de la arbitrariedad de su concubino.

El concubinato en México definitivamente no es una institución, ni el tipo de unión que los legisladores fomenten, no es ni podría ser la base de la sociedad, pero es importante normar sus consecuencias como ocurre actualmente, ya que en la realidad de nuestro pueblo, es una práctica que se encuentra arraigada por la negación de aceptar un compromiso matrimonial.

Sólo hay una diferencia de carácter formal entre concubinato y matrimonio: en el primer caso la disposición de estar unidos no se manifiesta ante ninguna autoridad o persona alguna y al contraer nupcias la voluntad se ha manifestado ante el Oficial del Registro Civil y para ello se firma un acta, de esta forma el matrimonio produce plenos efectos jurídicos.

#### **4. 2. 2 Matrimonio**

Antes de comenzar a profundizar en el matrimonio vigente, es importante el conocer la conceptualización que de éste se ha tenido, y hacer mención de algunas definiciones, para entenderlo mejor:

“El matrimonio es la unión legal y permanente de marido y mujer por motivos de amor y si es posible, para perpetuar la especie.”<sup>116</sup> Respecto a esta definición debemos forzosamente señalar que el autor hace necesaria la existencia del “amor” y podríamos aseverar que lo ubica como un elemento de validez, lo anterior no es cierto ya que es imposible el impedir la celebración de las nupcias a falta del mismo.

Otra definición de matrimonio; “Es una institución social mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalidad.”<sup>117</sup> Respecto de la opinión que de matrimonio sostenía Eduardo Prayones, estoy de acuerdo en ella, únicamente en cuanto a objeto se refiere, ya que se podría celebrar un matrimonio sin cumplirse, los elementos que se consideran necesarios.

“Como acto, es decir contemplando el matrimonio desde el ángulo de los contrayentes, diremos que es el contrato de Derecho de familia en virtud del cual un hombre y una mujer formalizan una unión reconocida por la ley como base de la familia legítima.”<sup>118</sup>

“El matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges (efecto del acto jurídico de la celebración del

---

<sup>116</sup> OSSORIO Y Gallardo, Angel. *Anteproyecto del Código Civil Boliviano*. Buenos Aires, 1943. pág. 81

<sup>117</sup> PRAYONES, Eduardo. *Derecho de Familia*. Tercera Edición, Buenos Aires, Arg. 1924, pág. 81

<sup>118</sup> ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XIX, (Mand- Muse) Editorial Driskill, S. A. Buenos Aires, Arg. 1979, pág. 159

matrimonio). La celebración del matrimonio (acto), produce un efecto primordial: da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges (Estado)."<sup>119</sup>

El matrimonio como estado civil, es un conjunto de deberes y facultades, derechos y obligaciones orientados a la protección de los hijos y a la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges (hombre y mujer), que para realizarse requieren el esfuerzo de ambos cónyuges.

La comunidad de vida entre el varón y la mujer es un hecho natural que se impone al derecho y que éste eleva a la categoría jurídica para organizarlo y sancionarlo y darle a la familia una adecuada organización jurídica fortaleciéndolo y permitiéndole cumplir las finalidades que le competen dentro de la sociedad, para que éste se desarrolle con seguridad jurídica, dentro de un marco regulatorio que vela y cuida la base elemental de la sociedad.

El matrimonio persigue fines entre los contrayentes como la perpetuación de la especie y la ayuda recíproca de sus contrayentes, así como un destino común. Estos objetivos podrían alcanzarse fuera del matrimonio más o menos satisfactoriamente. Pero desde el punto de vista jurídico, la familia como parte integrante de un grupo social encuentra en esta institución un organización jurídica, una seguridad y certeza en las relaciones de los

---

<sup>119</sup> GALINDO Garfías, Ignacio. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, S.A. México, D. F. 1990, pág. 486.

consortes, circunstancias que fortalecen a la familia y le permiten cumplir las finalidades éticas sociales y aún económicas que le atañen en la sociedad en la que se desenvuelve. Por lo antes mencionado es necesario el proteger esta institución de los modismos o corrientes que ven en él un obstáculo para unirse, con justificaciones e ideas totalmente fuera de contexto racional.

En nuestra sociedad son observados dos tipos de matrimonios o formas de contraer nupcias las cuales tienen pleno reconocimiento social, uno es el matrimonio llamado "civil", el cual es precisamente al que nos referiremos y el otro tipo de matrimonio es el "religioso" que es el que se celebra ante autoridades religiosas, en el catolicismo a éste se le considera un contrato para elevarse posteriormente en un sacramento solemne cuyos ministros son los propios esposos y el sacerdote un testigo autorizado por la iglesia el cual a su vez se encuentra regido por el derecho canónico y como es un sacramento instituido por Dios es indisoluble y la unión no se puede disolver si no es por la muerte (lo que ha unido Dios que no lo separe el hombre), para el derecho de la iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble, que celebran entre sí los cónyuges<sup>120</sup>. Nuestro país es una nación eminentemente católica y por lo mismo se encuentra arraigado en nuestra sociedad al grado tal que es común encontrar en poblaciones marginadas, matrimonios en donde se han contraído nupcias religiosas y no así ante las autoridades civiles.

---

<sup>120</sup> Cfr. MAGALLÓN, Ibarra, Jorge Eduardo. *El Matrimonio, Sacramento, Contrato, Institución*. Tipográfica Editorial Mexicana, México, 1965, pág. 128

#### **4. 2. 3 Naturaleza Jurídica del Matrimonio**

Respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio existen muy diversos e interesantes criterios, los juristas han hecho consideraciones al respecto ubicando a la unión conyugal, como una institución, acto jurídico, contrato, etc.

Considerando al matrimonio como institución, en este sentido nos referimos a un conjunto de normas que lo rigen y el lazo entre consortes es una verdadera institución ya que produce un estado de vida con importante trascendencia social y jurídica, aunado a una estructura normativa a través de la cual se establecen las relaciones que se deben observar en la propia institución.

El matrimonio es considerado como un acto jurídico ya que los contrayentes buscan precisamente el crear derechos y obligaciones al aceptar contraer nupcias, poniendo en marcha el sistema de derecho con la celebración del mismo con todas las consecuencias y la creación de situaciones jurídicas permanentes. Y es además un acto jurídico mixto, la teoría jurídica dispone que existen actos jurídicos privados y públicos, los primeros son los que se efectúan entre particulares (contratos de compra - venta, arrendamiento, etc.), los segundos implican la intervención del Estado como una de las partes contratantes. El matrimonio es un acto jurídico mixto ya que estando dispuestas las partes a celebrar nupcias se requiere además de la intervención del Estado representado por el Juez del Registro Civil.

El matrimonio como contrato ordinario, se ha considerado que es esencialmente un contrato ya que contiene los elementos esenciales y de validez de este acto jurídico, con la salvedad de que requiere de la declaración del Juez del Registro Civil como elemento esencial. A lo antes dispuesto existen opiniones encontradas de juristas como Ruggiero y Bonnacase, quienes afirman que se debe de negar la clasificación de contrato "Hay que reaccionar contra esa tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquel un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato aunque los contrato constituyan la categoría mas amplia de tales negocios. Precisamente las normas que no solo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio;... la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aun en tal caso está muy limitada."<sup>121</sup> La opinión anterior la considero acertada, ya que no basta el acuerdo de voluntades para que se de una enlace matrimonial, además las partes contrario a lo que ocurre en los contratos en donde la voluntad de las partes puede alterar la relación jurídica como lo dispongan, en las nupcias no ocurre así, ya que se encuentra sustraída la libre voluntad de las partes, no pudiendo estas estipular condiciones, cláusulas o cualquier pacto que modifique la relación conyugal contrario a lo que la ley dispone.

---

<sup>121</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijeiro. Traducciones de Derecho Civil de la 4a. Edición Italiana, Tomo II, vol. 2. Pág. 722

Por otra parte en cuanto disolución se refiere, el casorio también muestra enormes diferencias respecto de los contratos, ya que no depende la sola voluntad de las partes para poder dar por concluido el vínculo conyugal, como así podría suceder con un contrato.

Finalmente se ha establecido que la unión conyugal reviste de similitudes a un contrato de adhesión (para la celebración de este tipo de contrato una de las partes acepta las condiciones establecidas por la contraparte, limitándose a aceptar o rechazar el acto jurídico sin alterar el contrato original como así ocurre, por citar un ejemplo, con el contrato que se celebra con un compañía telefónica), ya que los contrayentes se atienen a lo que la ley dispone, no pudiendo estipular libremente lo que estimen conveniente a sus particulares intereses. El Estado es el encargado de establecer el régimen legal del matrimonio y son los consortes quienes deciden si se adhieren a los principios y normas jurídicas establecidas, aceptando por consiguiente los derechos y obligaciones que esto representa.

#### **4. 3 ELEMENTOS ESENCIALES Y REQUISITOS DE VALIDEZ PARA CONTRAER MATRIMONIO**

El matrimonio es un acto solemne porque implica disposiciones de la ley a efecto de que se pueda llevar a cabo cumpliendo con los requisitos previstos por la norma. Se deben también de cumplir los requisitos necesarios para su validez, razón por la cual haremos una revisión de éstos, para entender la existencia y nacimiento del matrimonio.

#### 4. 3. 1 CONDENSADO DE REQUISITOS DE MATRIMONIO

El cuadro que continuación se presenta muestra los requisitos necesarios para contraerlo, considerando los elementos esenciales y los elementos de validez; mismos que son precisamente los que vamos a analizar a detalle.

<b>Elementos Esenciales</b>	}	<ul style="list-style-type: none"> <li>-La Voluntad de los contrayentes.</li> <li>- El Objeto.</li> <li>- Solemnidad: En presencia de Juez del Registro Civil y dos testigos.</li> </ul>
<b>Requisitos de Validez</b>	}	<ul style="list-style-type: none"> <li>-La Capacidad.</li> <li>-Ausencia de vicios de la voluntad.</li> <li>-Licitud del objeto.</li> <li>-Formalidades.</li> </ul>

#### 4. 3. 2 ELEMENTOS ESENCIALES

Podemos definir los elementos esenciales como aquellos sin los cuales el acto jurídico, no puede existir. Dentro de los elementos esenciales para que el matrimonio tenga plena validez encontramos, la voluntad de los contrayentes, el objeto y por último las solemnidades de la ley.

Para entender los requisitos esenciales del matrimonio es necesario que le demos la categoría de acto jurídico el cual se define como: "...una manifestación de la voluntad que tiene por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones."<sup>122</sup> , y ello no impide que se tomen en cuenta disposiciones relativas a los contratos y desde luego su inexistencia (se produce cuando no existe manifestación de la voluntad o el propósito de producir consecuencias de derecho) y nulidad ( es la existencia imperfecta del acto jurídico). Por ello se tienen por aceptadas las disposiciones contenidas en el Código Civil respecto de la existencia y validez de los contratos (artículos 1794 y 1795), por ello aplicando estos principios de validez en todo acto jurídico, son elementos esenciales, la capacidad, ausencia de vicios de la voluntad, licitud en el objeto y firma cuando la ley lo requiera.

#### **4. 3. 2. 1 La voluntad de los contrayentes**

Como elemento esencial del matrimonio, existen propiamente dos manifestaciones de voluntad para que se pueda celebrar el matrimonio, el de la mujer y el del hombre y posteriormente la declaración del juez del Registro Civil. Las dos primeras se manifiestan a través de la declaración expresa de los contrayentes ante el Juez del Registro Civil que, a su vez, los declara unidos en nombre de la sociedad y la ley.

---

<sup>122</sup> ROJINA, Villegas, Rafael. *opus cit.*, pág. 127

Cuando falta el consentimiento de cualquiera de estos tres sujetos se tiene por inexistente el matrimonio.

#### **4. 3. 2. 2 El objeto**

El objeto del matrimonio cuenta dentro de sus fines primarios con la procreación de la prole y como consecuencia la educación de los mismos, sus objetivos secundarios son la ayuda mutua entre los cónyuges y el remedio a la concupiscencia o lo que es lo mismo a las pasiones sexuales de los cónyuges. Los fines del matrimonio tienen entre sí una jerarquía que no puede ser desconocida. Los fines primarios son más importantes que los secundarios y como tales deben ser perseguidos y tutelados prioritariamente. Si no se respetara el orden jerárquico y se invirtieran los términos, se afectaría el matrimonio desde su base y no se lograrían ni siquiera los fines secundarios.<sup>123</sup>

#### **4. 3. 2. 3 Las solemnidades requeridas por la ley**

Para comprender la diferencia entre solemnidades y formalidades, se aplica el siguiente criterio. Las solemnidades son imprescindibles para que exista el matrimonio y las formalidades sólo se requieren para validarlo. De manera tal que si se llevare a cabo un matrimonio sin las solemnidades debidas este será considerado como inexistente; si en cambio faltaren las formalidades, el matrimonio sería considerado como existente, pero nulo. Nuestro derecho vigente exige pues el cumplimiento de formalidades y

---

<sup>123</sup> PACIHCO, E. Alberto. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*. Panorama Editorial, S. A., Primera Reimpresión México, D. F. 1993. pág. 67

solemnidades, "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades (solemnidades) que ella exige" (artículo 146 del Código Civil).

Las solemnidades que deben de constar en el acto del matrimonio son las siguientes:

- a) expresión de la voluntad de los consortes de unirse en matrimonio en presencia del Juez del Registro Civil.
- b) la declaración del juez del registro Civil en el sentido de declarar a los contrayentes unidos en matrimonio.
- c) la existencia y redacción del acta en el Registro Civil (artículo 250 Código Civil)

#### **4. 3. 3 REQUISITOS DE VALIDEZ**

Podemos definir a los requisitos de validez como "...aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley."<sup>121</sup>

##### **4. 3. 3. 1 La capacidad**

Alude a la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y la edad necesaria (artículo 148 del Código Civil) que en los hombres es de 16 años y la mujer de 14. La capacidad de ejercicio alude a tener las aptitudes necesarias para hacer valer esas obligaciones y derechos; se da a los 18 años pero en los casos de menores de edad, se requiere el

---

<sup>121</sup> ROJINA, Villegas, Rafael. *opus cit.*, pág. 298

consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad, padres, abuelos o el tutor, solo a falta de todos los anteriores, el consentimiento puede ser otorgado por un Juez de lo Familiar y para el caso en que los que ejercen la patria potestad se nieguen, podrá el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados según sea el caso dar consentimiento, para que un menor de edad pueda contraer nupcias, con todos los derechos y obligaciones.

#### **4. 3. 3 . 2 La ausencia de vicios de la voluntad**

El error es una creencia contraria a la realidad y por lo tanto vicia el consentimiento cuando entendiendo celebrar matrimonio con una persona determinada, se contrae con otra. (artículo 235 fracción I del Código Civil), la voluntad de contraer nupcias llega a manifestarse, pero su autor o uno de los contrayentes sufre un error respecto al motivo determinante de su voluntad.

La violencia (fuerza o miedo graves) puede ser física o moral y representa un peligro para la vida, la honra, la libertad, la salud, o un daño o perjuicio patrimonial considerable en el violentado. Esta situación tiene especial importancia y se ejemplifica en el caso de rapto porque no se puede expresar libremente la voluntad y solo será aceptada en tanto sea restituida a un lugar seguro (artículo 156 fracción VII del Código Civil).

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

#### **4. 3. 3 . 3 La licitud en el objeto**

No debe de ir en contra de leyes del orden público ni contra las buenas costumbres; al inicio señalamos que uno de los fines del matrimonio es el de la procreación, por lo que sólo se permite el matrimonio entre hombre y mujer, los cuales deben hacer vida marital.

La ley equipara la falta de objeto, al objeto física o jurídicamente imposible, el matrimonio entre personas del mismo sexo aunque seamos reiterativos, es pues un acto inexistente y no produce ninguna consecuencia de derecho . Para dejar bien claro el licitud del objeto, podemos hacer mención de algunos ejemplos de objetos ilícitos que tienen lugar en el matrimonio y que por lo mismo provocan la inexistencia del matrimonio:

- a) el parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, dentro de los límites que establece el propio Código Civil;
- b) adúlteros que comprobándose judicialmente el hecho ilícito pretendan casarse;
- c) la bigamia (artículo 156 fracciones III, IV,V, VI y X del Código Civil)

#### **4. 3. 3 . 4 Las formalidades**

De la lectura del los artículos 102 y 103 del Código Civil se desprenden los requisitos de formalidad para que tenga validez un matrimonio y sin los cuales dicho acto se considera como inexistente, por no cumplir los requisitos de forma, entre los cuales encontramos los contenidos en el artículo 102:

- a) la presencia del juez del registro civil;
- b) dos testigos por cada contrayente (que acrediten su identidad);
- c) lectura de la solicitud de matrimonio por parte del juez;
- d) presentación de la documentación requerida;
- e) el juez preguntará a los testigos su constancia de que los contrayentes son las mismas personas a quien se refiere la solicitud de matrimonio;
- f) el juez preguntará a cada uno de los contrayentes si es su voluntad unirse en matrimonio, para posteriormente;
- f) declararlos unidos en nombre de la ley y la sociedad.

Una vez cumplimentado lo anterior, se procede a levantar el acta de matrimonio, en la cual deberá constatarse lo requerido por el artículo 103 del ordenamiento legal antes referido, para cumplir con las formalidades:

- a) Los nombres y apellidos, así como demás datos de identidad de los contrayentes.
- b) La declaración de los contrayentes en donde declaran su voluntad de contraer nupcias.
- c) La constancia de que el juez del Registro Civil los declaró unilateralmente unidos en nombre de la sociedad.
- b) Las firmas de los contrayentes y del juez del Registro Civil. (artículo 250 del Código Civil)

Cuando faltasen uno o más de estos requisitos, no se considera la existencia del acta de matrimonio y el mencionado vínculo se consideraría como inexistente.

#### **4.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO**

El estado matrimonial, impone un conjunto de deberes jurídicos a cargo de ambos cónyuges, de cuyo cumplimiento no pueden eximirse por propia voluntad de tal forma que al celebrarse el acto jurídico, surgen en consecuencia diversos deberes y obligaciones entre los consortes, no estando por demás señalar que son recíprocos; el Código Civil para el Distrito Federal, los sustenta en sus artículos 162 al 177 y éstos se dividen en tres grandes ramas: 1) Entre consortes; 2) En relación con los hijos; 3) En relación con los bienes (efectos que analizaremos especialmente en el capítulo referido al régimen patrimonial).

##### **4.4.1 Derechos y obligaciones entre consortes**

Para analizar los derechos y deberes entre consortes los subdividiremos en los siguientes renglones para facilitar su comprensión: 1) Deber de cohabitación; 2) Débito carnal; 3) Deber de fidelidad; 4) Deber de asistencia y ayuda mutua.

###### **4.4.1.1 Deber de cohabitación.**

El derecho a exigir una vida común, con la obligación de habitar un mismo techo, es el principal de todos los deberes citados, ya que sólo a través de cohabitar los consortes podrán lograr los objetos que exige la vida conyugal. El deber de cohabitación está consagrado en el Código Civil en el artículo 163, de donde se desprende lo siguiente: “ Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal,

el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.”

Si un cónyuge no respeta lo contenido en el artículo arriba mencionado, el que ha permanecido en el domicilio tendrá acción para exigir el regreso al domicilio conyugal. Acción que puede determinarse sin llegar al extremo de un divorcio, pero es lógico suponer que el abandono ocurre cuando el *affectio maritalis* al que se referían los romanos, se ha terminado.

#### **4. 4. 1. 2 Débito carnal**

Este derecho es importante para que el matrimonio sea precisamente lo que debe ser, la base de la familia. Podemos deducir este derecho del artículo 162 del Código Civil: “ Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”. El artículo transcrito no menciona expresamente el derecho al cual hacemos referencia pero nos deja entrever la finalidad primaria natural de un matrimonio, para poder engendrar, como así lo dispone la doctrina al respecto. El derecho al débito es por consiguiente recíproco y bilateral; ambos son deudores y ambos son acreedores y por lo tanto cualquiera de ellos en cuanto dure el matrimonio, tienen derecho recíproco por sobre el cuerpo del otro cónyuge. Es precisamente de la violación de este derecho que se sanciona

el adulterio con sanciones civiles y penales, ya que el adúltero está violando el derecho que tiene sobre su propio cuerpo su cónyuge.

No quisiera finalizar esta parte relativa al derecho al débito carnal, sin hacer un comentario (que bien valdría todo un estudio) respecto al delito de violación entre cónyuges. Este delito no se considera por todo lo antes expresado en una situación normal y de hecho la opinión común de muchos penalistas es que no se da *el delito de violación* entre los cónyuges<sup>127</sup>. El delito de violación sí podría considerarse cuando el cónyuge pretenda sostener relaciones sexuales en público, faltando a la moral, o en situaciones similares en las cuales no se pudiera determinar si está ejerciendo un derecho o excediéndose en el ejercicio del mismo. Especialistas en la materia podrían criticar esta postura, argumentando que nadie puede ejercer justicia por su propia cuenta, debiendo previamente acudir ante las autoridades correspondientes, para "obligar" a que su cónyuge cumpla con el débito carnal, ya que el numeral 162 de la legislación en cuestión señala en su último renglón "...este derecho será ejercido de *común acuerdo* por los cónyuges". Pero en esto encontramos una contrariedad ya que primero se otorga el derecho y posteriormente se exige el *acuerdo*, si estamos hablando precisamente de un *acuerdo* entonces caemos en presencia del concubinato, en donde requieren forzosamente un acuerdo, ya que no han concedido ningún derecho.

---

<sup>127</sup> En tal sentido se pronuncian, Abarca, Carrara, Carraneà y Trujillo, Cuello Calón, Garraud, González Roura, Maggiore, Manzini, Rennain y Soler (citados por Porte Petit Candaudap, Celestino, *Ensayo Dogmático sobre el delito de violación*. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D. F. 1990, pág. 51

Finalmente la opinión de Porte Petit al respecto es interesante para concluir con lo que conducente a este tema: " Por otra parte, no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula aún cuando ha habido abuso de ese derecho, originándose en todo caso un diverso ilícito penal; en otros términos, a virtud del matrimonio, los cónyuges limitan su libertad sexual por lo que respecta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maten de ilicitud, ya que existe una recíproca obligación sexual de parte de aquellos y, consiguientemente cuando se realiza uno de ellos la cópula por medio de la *vis absoluta* o de la *vis compulsiva*, no atacan la libertad sexual por que ésta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose, en consecuencia, el delito de violación."<sup>129</sup>

#### **4. 4. 1. 3 Deber de fidelidad**

Este derecho-deber es similar al derecho recíproco de engendrar y básicamente comprende la obligación de abstenerse de tener relaciones extra-matrimoniales y se entiende también como la obligación de abstenerse de cualquier acto que pudiere hacer sospechar o preparar un adulterio. Es precisamente el adulterio la máxima forma en la cual un cónyuge puede violar este deber y como ya se había mencionado antes, constituye una grave ofensa para la institución matrimonial, razón por la cual se sanciona sin distinción alguna civil y penalmente, tanto al hombre como a la mujer. De esta forma el

---

<sup>129</sup> PORTE PETIT, Candaudap, Celestino. *opus cit.*, pág. 52 y 53

Estado es partícipe velando por la unión monogámica y respetuosa en el vínculo matrimonial.

#### **4. 4. 1. 4 Deber de asistencia y ayuda mutua**

El deber asistencia que se deben los consortes, incluye el plano espiritual y material, desgraciadamente el primer plano va mas allá del derecho ( sin dejar de ser esencial en la vida matrimonial), por lo que sólo se abarcará el plano material. Este deber se basa principalmente en la solidaridad natural en la que debe cimentarse la pareja. Una de las principales manifestaciones de este deber es la prestación de alimentos que la ley impone a los consortes en al artículo 164 del Código Civil “ Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos. así como la educación de estos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente esos gastos.” (Este artículo fue modificado en 1972 gracias a las corrientes feministas que pugnaban por un igualdad jurídica y social, ya que antes la obligación de proporcionar alimentos recaía exclusivamente en el hombre.)

#### **4. 4. 2 DERECHOS Y OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LOS HIJOS**

Como se ha mencionado anteriormente uno de los objetos del matrimonio es la procreación y de ésta nacen una serie de derechos y obligaciones con importantes efectos.

a) **Calidad de hijos legítimos.-** Desde el momento, antes y después de que una pareja está unida en matrimonio, todos los hijos nacidos dentro de éste, se consideran hijos legítimos. Para tal efecto el Código Civil reguló lo conducente en el artículo 324, de donde se desprende la presunción de que son hijos de los cónyuges : “ I. Los hijos nacidos después de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; II . Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos en que quedaron separados los cónyuges por orden judicial.” Salvo casos especiales en los que el padre no reconociera la paternidad de los hijos de su cónyuge, los términos a los que se refiere el artículo 324, son los que actualmente se observan para determinar la filiación de los hijos nacidos en matrimonio.

b) **Legitimación de los hijos naturales.-** Este efecto es claro en el artículo 354 del Código Civil (y subsecuentes): “El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio los hijos habidos antes de su celebración” Este artículo busca precisamente el que las parejas que viven en concubinato regularicen su situación y la de sus hijos otorgándoles la legitimación a los hijos naturales, obvio si deducimos que quienes menos culpa tienen de una situación así son los hijos.

c) **Patria Potestad.-** La patria potestad subsiste y es totalmente independiente al matrimonio; “En nuestro derecho, a diferencia de otras legislaciones, el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues éstos existen independientemente del

mismo en favor y a cargo de los padres y abuelos, sean los hijos legítimos o naturales." El matrimonio sólo viene a confirmar certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad, en relación con los hijos legítimos.

#### 4. 5 IMPEDIMENTOS PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO

La falta de los elementos esenciales o de los requisitos de validez, impide que el matrimonio se celebre válidamente . Las causas de impedimentos matrimoniales se encuentran contenidas en el artículo 156 del Código Civil, y pueden ser divididas en dos tipos de impedimentos: los dirimentes que originan la nulidad o inexistencia del matrimonio y los impeditivos que no afectan su validez pero dan lugar a considerar el matrimonio como ilícito y a sanciones aplicables al juez del Registro Civil por autorizar un matrimonio al margen de la ley.

<b>ESQUEMA DE LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES</b>			
<b>RAZONES</b>	<b>IMPEDIMENTO</b>	<b>CONSECUENCIA</b>	<b>ARTICULO 156</b>
A. RAZONES DE ORDEN ÉTICO- SOCIAL	Prohibición de la poligamia.	Bigamia.	Frac. X
B. RAZONES DE ORDEN BIOLÓGICO	Prohibición del incesto.	Parientes colaterales.	Frac. III y IV
	Ineptitud para procrear.	Impubertad, impotencia incurable.	Frac. I y Frac. VIII
	Preservación de la salud.	Enfermedades mentales contagiosas, . idiotismo, imbecilidad, embriaguez y toxicomanía.	Frac. VIII Frac. IX Frac. VIII
C. RAZONES DE ORDEN PSICOLÓGICO	Incapacidad de goce por minoría de edad.	Falta de autorización de ascendientes o tutor.	Frac. II
	Voluntad enaocionada.	Fuerza o miedo graves.	Frac. VII

RAZONES	IMPEDIMENTO	CONSECUENCIA	ARTICULO 156
D. RAZÓN DE ORDEN DELICTUOSO	Protección de la fidelidad conyugal.  Protección a la vida e integridad corporal del cónyuge anterior.	Adulterio comprobado entre quienes pretenden contraer matrimonio.  El atentado contra uno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.	Frac. V  Frac. VI

( GALINDO, Garfias, Ignacio. Ob. Cit. pag.500 )

El cuadro anterior permite darnos una idea de la naturaleza de los impedimentos, considerando clasificaciones por su origen, así como para percatarnos de las razones que de fondo contempla cada impedimento, lo que nos sirve para comprender la existencia de los mismos.

Cabe mencionar atendiendo lo anterior, que los impedimentos matrimoniales, buscan ante todo el que no se lleven a cabo uniones conyugales en las que existen de por medio circunstancias que violentan la posibilidad de que se cumplan los objetivos del matrimonio, o que al celebrarlo trae consigo consecuencias negativas que rebasarían el orden jurídico y los principios morales.

#### 4. 5. 1 Impedimentos dirimentes- matrimonios nulos

Se consideran impedimentos dirimentes, aquellos que ocurren cuando se viola una prohibición establecida en los preceptos legales, teniendo como efecto la *nulidad absoluta* del matrimonio o su inexistencia. Dentro de los impedimentos dirimentes encontramos los siguientes:

- a) La falta de capacidad física cuando no haya sido dispensada (artículo 156, fracción I, Código Civil para el D. F.) , o bien a la falta de consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad sobre los contrayentes. Si los cónyuges contraen nupcias sin haber alcanzado la edad mínima exigida, el matrimonio es considerado como indebido y puede solicitarse su nulidad.
- b) Falta de consentimiento de quienes ejercen la patria potestad. En los casos en que los contrayentes sean menores de edad el padre o quien ejerza la patria potestad, deberá dar su autorización, de lo contrario existirá un impedimento dirimente. (artículo 156, fracción II, Código Civil para el D. F.)
- c) El parentesco de consanguinidad y de afinidad sin límite de grado en línea recta; en línea colateral igual a hermanos y medios hermanos y en la colateral desigual a tíos y sobrinos en tercer grado y no tengan dispensa. (artículo 156, fracción IV, Código Civil para el D. F.)
- d) El adulterio judicialmente comprobado entre los que pretenden contraer matrimonio, esto por contravenir al matrimonio original. (artículo 156, fracción V, Código Civil para el D. F.)
- e) El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre, (artículo 156, fracción VI, Código Civil para el D. F.)
- f) La violencia y/o el miedo.- En este impedimento aplica precisamente la validez para celebrar actos jurídicos y el miedo o violencia física o moral, produce la nulidad del matrimonio, toda vez que se obtuvo una voluntad viciada por medio de la coacción, (artículo 156, fracción VII, Código Civil para el D. F.)

g) La embriaguez habitual, el uso de drogas, la impotencia incurable , enfermedades crónicas e incurables que además sean hereditarias o contagiosas y además la locura, idiotismo o imbecilidad. Estas razones obedecen principalmente a que sería perjudicial o en su caso imposible la procreación. Y no pudiéndose cumplimentar uno de los objetivos principales del matrimonio, se consideran como un impedimento las que la ley dispone en la fracción VIII y XIX numeral 156 del Código Civil.

h) Subsistencia de un primer matrimonio válido al momento de celebrar un segundo. (artículo 156 del Código Civil), el pretender contraer nupcias existiendo previamente otro matrimonio, no sólo es un impedimento dirimente, sino que también constituye el delito de bigamia, cuya ejecución es punible según lo dispuesto por las disposiciones penales.

Los impedimentos que se describen anteriormente, causan una nulidad absoluta que considera al matrimonio como inexistente, mas adelante veremos las consecuencias en caso de que se celebre un matrimonio con impedimentos dirimientes o inexistente para el derecho vigente.

#### **4. 5. 2 Impedimentos impeditores- matrimonios ilícitos**

“Se llaman impeditores, aquellas prohibiciones que para celebrar el matrimonio han sido establecidas por la ley y que no producen la nulidad del acto, sino simplemente su ilicitud.”<sup>127</sup> El derecho reprueba este tipo de matrimonios por considerar que están

---

<sup>127</sup> GALINDO Garfias, Ignacio., *opus cit.*, pág. 498

celebrados contrario a lo que se requiere para iniciar una vida conyugal, por lo anterior sólo los señala y los considera como ilícitos, pero no nulos, en consecuencia, son válidos, pero están marcados por las disposiciones jurídicas.

Son impedimento impeditivos, y/o matrimonios ilícitos pero válidos los que se celebren anteponiendo lo contenido en el artículo 264 del Código Civil, por lo que es menester transcribirlo y analizarlo:

a) "Es ilícito pero no nulo, el matrimonio: I. Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa; II. Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289". La fracción II, no busca sino la protección del pupilo, quien podría sufrir consecuencias en la administración de sus bienes por parte de su tutor o curador y/o los descendientes de estos. "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa..." (artículo 159 del Código Civil). Este tipo de impedimento puede ser dispensado una vez que se hayan presentado las cuentas de la tutela.

b) También se imponen impedimentos a las mujeres, con la finalidad de poder atribuir sin lugar a dudas la paternidad de los hijos concebidos por la mujer, a quien legalmente le corresponden. "La mujer no puede contraer matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo de a luz un

celebrados contrario a lo que se requiere para iniciar una vida conyugal, por lo anterior sólo los señala y los considera como ilícitos, pero no nulos, en consecuencia, son válidos, pero están marcados por las disposiciones jurídicas.

Son impedimento impeditivos, y/o matrimonios ilícitos pero válidos los que se celebren anteponiendo lo contenido en el artículo 264 del Código Civil, por lo que es menester transcribirlo y analizarlo:

a) "Es ilícito pero no nulo, el matrimonio: I. Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa; II. Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289". La fracción II, no busca sino la protección del pupilo, quien podría sufrir consecuencias en la administración de sus bienes por parte de su tutor o curador y/o los descendientes de estos. "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa..." (artículo 159 del Código Civil). Este tipo de impedimento puede ser dispensado una vez que se hayan presentado las cuentas de la tutela.

b) También se imponen impedimentos a las mujeres, con la finalidad de poder atribuir sin lugar a dudas la paternidad de los hijos concebidos por la mujer, a quien legalmente le corresponden. "La mujer no puede contraer matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo de a luz un

hijo" (artículo 158 del Código Civil). A este término también se le ha denominado como el "plazo de viudez".

c) **Impedimento en razón de tiempo** "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio. El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio. Para que los cónyuges, que se divorcien voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio." (artículo 289 del Código Civil)

#### **4. 6 MATRIMONIOS NULOS E INEXISTENTES**

No hay acto jurídico que pueda compararse con el matrimonio respecto de la trascendencia social que éste representa, por lo que origina una diversidad de causas respecto de su nulidad y problemas muy serios. Por lo tanto los conflictos que se presentan en una situación de nulidad matrimonial, no pueden ser resueltos aplicando la teoría general de las nulidades.

##### **4. 6. 1 Matrimonios Nulos**

Para determinar la nulidad de un matrimonio, existen principios contenidos en el Código Civil, que los legisladores consideran para poder resolverlos, atendiendo la importancia que una unión conyugal representa y lo más importante las consecuencias del mismo:

- a) **Presunción de Validez.-** El matrimonio, tiene a su favor una presunción de validez, mientras no se haya pronunciado una sentencia que declare su nulidad (artículo 253 del Código Civil).
- b) **Consecuencias jurídicas inalterables.-** El matrimonio declarado nulo, pero contraído de buena fe de los cónyuges, produce todos sus efectos , mientras dure (artículo 255 del Código Civil). Esto supone que aun cuando el matrimonio sea disuelto, los contrayentes no podrán retractarse de las obligaciones que hubieren nacido consecuencia de su unión, siempre y cuando se haya actuado de buena fe.
- c) **Consecuencias jurídicas al que actuó de buena fe.-** Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos. Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos (artículo 256 del Código Civil).
- d) **Presunción de buena fe .-** Siempre se presume la buena fe de los cónyuges, salvo prueba en contrario (artículo 257 del Código Civil). La carga de la prueba recae por consiguiente en aquel cónyuge que pretenda probar que se actuó de mala fe.
- e) **Existiendo posesión del estado conyugal no se produce nulidad.-** Existiendo posesión del estado conyugal, no se puede admitir demanda de nulidad, por la falta de solemnidades en el acta matrimonial (artículo 250 del Código Civil).

f) Nulidad de matrimonio no destruye efectos en favor de los hijos.- La sentencia de nulidad de matrimonio no destruye los efectos del matrimonio en favor de los hijos, por consiguiente éstos no se ven afectados por una nulidad. Debemos hacer hincapié acerca de esta disposición en el sentido de que se busca proteger ante todo a los hijos producto de la unión conyugal, aun cuando éste sea considerado como ilegítimo, la razón es obvia, los menos culpables de una situación en la que se contravenga una disposición legal son precisamente los descendientes e irónicamente son los más afectados en estas situaciones, en las que es imposible que de origen existen circunstancias adversas para el desarrollo de una familia.

El régimen de las nulidades matrimoniales debe de tomar en cuenta cada una de las causas que dan origen a la invalidez del matrimonio, sin olvidar que lo más importante son las consecuencias que podrían eventualmente producir una nulidad, por lo tanto tiene además particularidades específicas en cuanto a su gravedad y a su mayor o menor incidencia sobre los efectos del vínculo.

#### **4. 6. 2 Matrimonios Inexistentes**

El matrimonio como acto jurídico, no escapa a la posibilidad de que sólo tenga la apariencia y que por sí mismo sea inexistente para el derecho. Es decir que no exista y para esto deben respetarse tres criterios: a) que exista acuerdo de las voluntades; b) cumplimiento de las solemnidades; c) diversidad de sexos

#### **4. 6. 2. 1 Falta de Consentimiento**

Cuando falta la voluntad de alguno de los contrayentes, el matrimonio es considerado como inexistente, esta se tiene que manifestar frente a un juez del registro civil afirmativamente, y éste a su vez hacer una declaración en la que aprueba la unión, de lo contrario nunca nacerá el vínculo conyugal. Si el juez se enterase de que la voluntad es coaccionada para celebrar el matrimonio, debe inmediatamente dar por suspendida la celebración de matrimonio.

#### **4. 6. 2. 2 Falta de Solemnidades**

El matrimonio como hemos reiterado debe de cumplir con las solemnidades que al respecto señala el Código Civil en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103. Si no se lleva a cabo el matrimonio respetando lo dispuesto éste se tendrá por inexistente. La inexistencia del matrimonio no requiere declaración judicial o sentencia, ya que sobre lo que no existe no se puede determinar, ya que las consecuencias de un matrimonio inexistente son de hecho no de derecho.

#### **4. 6. 2. 3 Identidad de sexos**

El matrimonio entre personas del mismo sexo, no es válido ni reconocido por nuestro derecho. Ello debido a la grave violación natural a la institución matrimonial, ya que este tipo de uniones anormales, no logran y les es imposible alcanzar los fines esenciales de una unión conyugal como es la procreación. Este tipo de enlaces dicho sea de paso tampoco producen efectos similares al concubinato, ya que no son tolerables ni aceptables

las uniones homosexuales, por contravenir a la moral, buenas costumbres y lo principal a la naturaleza del hombre y la mujer. "La diferenciación de sexos, no solo orgánica sino principalmente psicológica y afectiva, ha hecho que normalmente sea conveniente la existencia de un principio completivo para que el hombre pueda alcanzar la plenitud y perfección de su desarrollo y de los fines naturales a los que ha sido destinado. Este principio completivo es, en el plano natural, la unión de personas de distinto sexo."<sup>124</sup>

Nuestro país debe mantenerse en esta misma postura y definitivamente evitar que las posturas "liberales" que invaden a otras naciones (en donde ya es una realidad el contraer nupcias entre personas del mismo sexo ) intenten hacer presión, corrompiendo como lo he señalado desde un principio nuestro pilar social, la familia.

#### 4. 7 EL DIVORCIO

La voz latina *divortium*, evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. A su vez *divortium* deriva de *divertere*, irse cada quien por su lado. El divorcio aunque un mal necesario, es el fracaso del matrimonio, es sociológicamente uno de los peores cánceres que enfrenta la sociedad, ya que de éste surgen otro tipo de problemas sociológicos.

México no ha sido la excepción aunque en menor medida a los llamados países industrializados, ya que los valores de unión familiar se encuentran muy arraigados en la

---

<sup>124</sup> IERVADA, Xiberta, Francisco Javier. *Los fines del matrimonio*. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial. Pamplona. 1960.

sociedad mexicana, por la tradición, idiosincrasia y las circunstancias que envuelven a nuestra sociedad. Aunque no debemos minimizar el problema ya que a partir de la crisis económica de 1994, el índice de divorcios aumentó en nuestro país notoriamente y en otros casos resquebrajó a numerosos matrimonios quienes veían tambalear a la otrora institución firme e inafectable; por lo anterior es fácil deducir que las circunstancias económicas en las que se encuentra inmersa la familia han venido jugando un papel protagónico en la nueva familia mexicana del siglo XX, en donde la tradicional mujer mexicana está condenada a desaparecer y se ha visto forzada a integrarse cada vez más a la fuerza productiva laboral, para hacer frente a las adversidades por la escasez de recursos económicos.

En nuestro país se introdujo el divorcio por decreto el 29 de diciembre de 1914, publicado el 2 de enero de 1915, en un periódico veracruzano, sede entonces del primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza. Este decreto fue recibido con malestar en la sociedad conservadora y seguramente con felicidad y alivio en algunos casos, pero lo cierto es que no se dio una verdadera resistencia o polémica por su introducción, como así ocurrió en otros países, toda vez que México se encontraba en un período revolucionario, en donde existían otros asuntos que en ese momento requerían mayor atención.

“La palabra divorcio, en el lenguaje corriente contiene la idea de separación; en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad

competente, en procedimientos señalados al efecto y por una causa determinada de modo expreso.”<sup>129</sup> Una definición de divorcio en el Código Civil la podríamos encontrar en el artículo 266 en donde menciona que “ El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.” De lo anterior podríamos agregar que el divorcio es la ruptura del vínculo matrimonial, en vida de los esposos y es decretado por la autoridad correspondiente, después de llevar a cabo el procedimiento que estipula la ley. La resolución que decreta la disolución del matrimonio, debe ser pronunciada cuando haya cesado toda posibilidad de que continúen unidos en matrimonio los consortes, ya sea por que existan causa para reclamar el divorcio, o por mutuo acuerdo de las partes.

El estudio del divorcio en México podría ser objeto de otra tesis, este trabajo de investigación pretende básicamente el análisis del matrimonio en el derecho romano y en el derecho vigente, aún así no podríamos omitir una breve referencia del divorcio, por ser éste una forma de concluir el vínculo matrimonial, razón por la cual únicamente se abarcará su concepción en el derecho vigente, la breve semblanza del divorcio permitirá a su vez obtener una mayor perspectiva de la importancia del matrimonio para el derecho civil vigente.

---

<sup>129</sup> De Pina , Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A. Tercera Edición México 1963, pág. 340.

## **CAPÍTULO V**

### **RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO VIGENTE**

El matrimonio como comentamos en el capítulo anterior produce una serie de consecuencias en relación a los cónyuges y el aspecto patrimonial no escapa de ninguna manera a estas. Al momento de contraer nupcias es importante que marido y mujer determinen sobre la propiedad, administración y disposición de los bienes que cada uno tenga al momento de contraer nupcias. Independientemente de cual sea el régimen que rija al matrimonio desde el punto de vista patrimonial, continuara siempre vigente la obligación de la asistencia material recíproca, derivada del fin de ayuda mutua (que en su oportunidad analizamos).

Nuestros legisladores han adoptado el sistema de dejar en total libertad a los contrayentes para señalar el régimen conforme al cual se regirá su matrimonio. Sin embargo, en la práctica resulta siempre difícil a los esposos aplicar la libertad de elección, ya que existe con frecuencia mucha desinformación respecto de las sociedades conyugales, dudas acerca de los alcances de cada una de ellas y la forma en que afecta a su patrimonio, presente y futuro.

En el momento de celebrar el matrimonio los consortes deben declarar por escrito, ante el juez del Registro Civil, cuál es el régimen al cual van a quedar sometidos los bienes y los derechos de que son propietarios o lo que en futuro adquieran y pueden para ello escoger entre dos sociedades conyugales: la separación de la propiedad, uso, goce y administración de los bienes y sus frutos o la sociedad conyugal que es una comunidad entre los consortes, sobre los bienes que cada uno aporte, sobre sus frutos y productos<sup>100</sup>.

La situación jurídica de los bienes (ya sea por separación de bienes o sociedad conyugal) se denomina régimen patrimonial y a los pactos o convenios que lo establecen se les llama capitulaciones matrimoniales.

### **5.1 CAPITULACIONES MATRIMONIALES.**

Las capitulaciones son parte del formalismo exigido para contraer matrimonio, pero su omisión no causa la nulidad del mismo, ya que no son parte esencial para contraer nupcias y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 250, no podrá pedirse nulidad por omisión de las capitulaciones matrimoniales. Ahora bien es importante conceptualizar perfectamente a las capitulaciones y no hay mejor definición que la contenida en el propio Código Civil en el artículo 179, "Las capitulaciones patrimoniales son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso." El objeto de las

---

<sup>100</sup> Cfr. Art. 178 *Código Civil para el D. F.*

capitulaciones matrimoniales es el de establecer el régimen jurídico bajo el cual se va a sujetar la relación patrimonial de los cónyuges durante su matrimonio.

Las capitulaciones que celebran marido y mujer pueden otorgarse antes del matrimonio o durante el mismo (pero no después) y pueden ser objeto de modificación parcial o totalmente, en cualquier momento de la vida conyugal, por acuerdo de ambos consortes comprendiendo no solamente los bienes presentes sino también los futuros.<sup>131</sup> "No puede dejar de presentarse este convenio ni aún a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio" (artículo 98 fracción V del Código Civil). La ley no señala ninguna forma específica conforme a la cual deban de otorgarse las capitulaciones matrimoniales, pero indirectamente ordena en el artículo antes referido que consten por escrito y se presenten al juez del registro civil, acompañado de la solicitud de matrimonio. Por lo tanto, es suficiente la forma escrita, con las solas firmas de los contrayentes, sin necesidad de testigos ni de ratificación alguna.

Respecto de la naturaleza jurídica de las capitulaciones nupciales, es conveniente considerar la opinión del jurista Jorge M. Magallón, a la cual nos adherimos: "Nuestros autores, al calificar la naturaleza de las capitulaciones matrimoniales le atribuyen la calidad de contrato accesorio....que no puede existir por si mismo, por depender de un

---

<sup>131</sup> Cfr. Art. 178 *Código Civil para el D. F.*

contrato principal: el de matrimonio, estimando que por lo tanto debe seguir la suerte de éste...No podemos concebir contratos de sociedad conyugal o de separación de bienes fuera del amplio concepto llamado contrato de matrimonio.”<sup>132</sup>

## 5. 2 LA SOCIEDAD CONYUGAL

“El régimen denominado sociedad conyugal establece verdadera comunidad entre los consortes, sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros de los consortes o sobre unos u otros o bien, sobre parte de ellos y sus frutos o solamente sobre éstos, según convengan las partes en las capitulaciones correspondientes.”<sup>133</sup> La sociedad que forman los esposos, es regida como lo menciona la definición por las capitulaciones matrimoniales que al efecto presentan la pareja y en los casos en donde no se estipule expresamente, se atenderá a las disposiciones relativas al contrato de sociedad<sup>134</sup>, en el caso de existir una disputa.

Si los cónyuges deciden formar un acervo común con la totalidad de sus bienes, de los frutos de éstos, de lo que cada uno obtenga trabajando y de lo que cada uno reciba en el futuro, será una sociedad conyugal *universal*. Si deciden aportar sólo parte de sus bienes o aportar a la sociedad conyugal sólo parte de sus frutos, entonces será una sociedad conyugal *parcial*.<sup>135</sup>

<sup>132</sup> MAGALLÓN, Jorge Mario. *El matrimonio, sacramento, contrato, institución*. Tipografía Editorial Mexicana, S. A. México 1965, pág. 280

<sup>133</sup> GALINDO Garfias, Ignacio., *opus. cit.*, pág. 565

<sup>134</sup> Cfr. Art. 183 *Código Civil para el D. F.*

<sup>135</sup> Cfr. GALINDO Garfias, Ignacio., *opus. cit.*, pág. 498

En la sociedad conyugal, ya sea parcial o universal (se deberá incluir una lista detallada de los bienes muebles e inmuebles) puede quedar constituida no solo por el activo de cada uno de los consortes, sino también de las deudas que obtuvieron antes del matrimonio y de las que contraigan durante éste.<sup>136</sup>

Si los consortes optan por una sociedad conyugal parcial deberán entonces establecer, en las capitulaciones matrimoniales, un inventario detallado de su activo y su pasivo personal señalando que bienes han de formar parte de la sociedad matrimonial, determinando con toda claridad que parte de los bienes corresponden a cada cónyuge. Dentro del régimen de sociedad conyugal pueden incluirse inclusive el producto del trabajo o en su caso el sueldo que pudiere llegar a percibir el marido o la mujer, para quedar incluido en la sociedad.<sup>137</sup>

La sociedad conyugal no tiene personalidad jurídica distinta de la de sus socios su funcionamiento y gestión lo señala la ley, no los propios socios; es un patrimonio común constituido por los bienes que han señalado los desposados y su objeto es precisamente el de sufragar los gastos propios de la comunidad de vida que establecen entre sí; para ello, el dominio de los bienes reside en ambos cónyuges y la administración (art. 189 fracs. VII) de estos en alguno de los consortes.

---

<sup>136</sup> Cfr. Art. 189 fracc. III, IV, V y VI. *Código Civil para el D. F.*

<sup>137</sup> Cfr. Art. 189 fracc. I, II y VI. *Código Civil para el D. F.*

En la sociedad conyugal están prohibidos los pactos leoninos razón por la cual el ordenamiento legal de la materia contempla diversos numerales con la intención de evitar daños y perjuicios en el patrimonio de los contrayentes. En relación a lo anterior en el artículo 190 del Código Civil existe prohibición expresa de que uno de los consortes reporte las pérdidas y sea responsable de las deudas comunes y el otro reciba todas las utilidades, esto por un lógico principio de equidad y protección a las partes, ya que al unirse en matrimonio, los sentimentalismos pueden afectar la voluntad de los contrayentes. Así mismo, no pueden renunciarse anticipadamente las ganancias que resulten de la sociedad, sólo en el momento de la liquidación de la sociedad se podrá renunciar a ellas (artículo 193 del Código Civil).

En lo que respecta a la disolución de la sociedad conyugal, diremos que ésta se puede terminar por sentencia que declare el abandono injustificado por más de seis meses, por la conclusión del matrimonio, por voluntad de los consortes y por sentencia que declare presunción de muerte de alguno de los consortes<sup>118</sup>.

Finalmente por lo que respecta a la sociedad conyugal, diremos que esta ha venido perdiendo fuerza y arraigo dentro de la sociedad mexicana, al ver en ella mas inconvenientes que aspectos positivos, al formalizar este tipo de sociedad ambos cónyuges pierden independencia al no existir la propiedad privada entre ellos, todo cuanto

---

<sup>118</sup> Cfr. Art. 195, 196 y 197. *Código Civil para el D. F.*

posean es de ambos y no puede uno de ellos disponer libremente sin el consentimiento del otro. Otra desventaja se presenta en los casos en los que uno de los consortes llegara a fallecer, ya que el viudo debe de liquidar a los herederos del cónyuge fallecido. Una desventaja mas se presenta cuando se confunden por completo ambos patrimonios, en donde el cónyuge que aportó mas se ve desfavorecido al momento de liquidar la sociedad. Todos los inconvenientes antes mencionados y otros más que se presentan en la actualidad, hacen que los matrimonios se celebren bajo el régimen de separación de bienes, que es precisamente el que a continuación analizaremos.

### **5.3 RÉGIMEN DE SEPARACION DE BIENES.**

Dentro del propio Código Civil en el artículo 212, encontramos las características que distinguen al régimen de separación de bienes: "En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente les pertenecen, y por consiguiente, todos los frutos y acciones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos".

Este régimen quedará establecido en las capitulaciones matrimoniales o durante el matrimonio, por convenio de los consortes o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender los bienes presentes y los que adquiera después<sup>139</sup>. Así mismo se entiende que serán propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos

---

<sup>139</sup> Cfr. Art. 207. *Código Civil para el D. F.*

emolumentos y ganancias por el desempeño de su trabajo o profesión, disponiendo de ellos sin necesidad de autorización o licencia. Con este sistema, la situación patrimonial de los esposos (reiterando), sigue siendo la misma que antes del matrimonio, y éste no afecta el patrimonio de los contrayentes, con excepción de las obligaciones que se adquieren necesariamente en todo matrimonio, como lo son la obligación de contribuir económicamente con el sostenimiento del hogar<sup>140</sup>, la de proporcionarse alimentos<sup>141</sup>, etc.

En los artículos 207 y 208 del Código Civil, se admiten diversas modalidades para establecer la separación de bienes: a) Régimen de separación total.- En donde se comprenden todos los bienes anteriores al matrimonio, así como los que se adquirieran en el futuro. b) Régimen parcial de separación de bienes.- Esta modalidad consiste en que los consortes pueden pactar la separación de bienes respecto de los bienes adquiridos antes del matrimonio, estableciendo la sociedad conyugal respecto de los bienes que llegasen a poseer en el futuro. c) Régimen mixto.- De esta forma se pacta la separación para ciertos bienes y sociedad conyugal para otros.<sup>142</sup>

Los menores de edad tienen la capacidad para establecer el régimen de separación de bienes aun durante el matrimonio, pero al momento de otorgar las capitulaciones matrimoniales y/o al momento de modificarlas, deben intervenir prestando su voluntad

---

<sup>140</sup> Cfr. Art 164. *Código Civil para el D. F.*

<sup>141</sup> Cfr. Art 302. *Código Civil para el D. F.*

<sup>142</sup> Cfr. ROJINA, Villegas, Rafael. *opus cit.*, pág. 342

las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio, durante la menoría de edad de los cónyuges (artículo 181 y 209 del Código Civil).

Encontramos en el artículo 211 del Código Civil la disposición de que debe de presentarse un inventario de los bienes que pertenezcan a cada futuro consorte, así como las deudas que en esos momentos hayan contraído. Respecto de este inventario parece innecesario y se presenta como una incongruencia en nuestra legislación, el argumento se basa en la inutilidad práctica del inventario, pues si los cónyuges no están modificando en lo absoluto sus derechos patrimoniales, ni la situación jurídica de sus bienes, no existe entonces motivo para presentar una relación de bienes, además el hecho de no presentar en el citado inventario la descripción de bienes no trae como consecuencia que esos bienes queden bajo el régimen de sociedad conyugal.

No es necesario que la separación de bienes entre los consortes, conste en escritura pública. Pero cuando el régimen de separación de bienes, se establece durante el matrimonio, es porque la sociedad conyugal que ya existía debe liquidarse. Si en este caso hay transmisión de inmuebles que exijan escritura pública, la separación de bienes se sujetará a esta formalidad, como así lo estipula el artículo 210 del Código Civil.

La presunción muciana, es una herencia del derecho romano y es importante el mencionarla, toda vez que puede llegar a afectar la situación patrimonial de marido y mujer, en los casos en donde concurren acreedores a reclamar algún crédito o deuda a uno

de los consortes. En caso de quiebra, la presunción muciana otorga la facultad de ingresar a la masa de los bienes del quebrado, los bienes que su cónyuge hubiere adquirido durante el matrimonio, en los cinco años anteriores a la fecha de la quiebra, que se presume son propiedad del marido quebrado o concursado (artículo 163 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos).

La presunción muciana, en el caso de un matrimonio bajo el régimen de separación de bienes coloca al cónyuge afectado por la deuda de su consorte en una situación muy difícil, ya que se debe de probar que los bienes fueron adquiridos con dinero propio y no del marido o esposa si es el caso.<sup>141</sup>

Finalmente diremos que es régimen de separación de bienes es precisamente el que más aceptación tiene en la actualidad, debido a que no afecta la situación patrimonial de los contrayentes tan abruptamente, como así ocurre con el régimen de sociedad conyugal. En la práctica se presenta la separación de bienes es casi siempre total y casi como única alternativa ya que los consortes desconocen que se pueden presentar diversas modalidades, como las que anteriormente mencionamos. El régimen de separación de bienes puede terminar por convenio entre los consortes o por la disolución del matrimonio, a lo cual debe de proceder la liquidación de bienes.

---

<sup>141</sup> Cfr. GALINDO Garfías, Ignacio., *opus. cit.*, pág. 571 y 572

#### **5.4 LAS DONACIONES ANTENUPCIALES.**

El Código Civil define a las donaciones antenupciales así: "Se llaman antenupciales las donaciones que antes del matrimonio hace un esposo al otro, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado( artículo 219). Son también donaciones antenupciales las que un extraño hace a alguno de los esposos, o a ambos, en consideración al matrimonio (artículo 220)". Atendiendo lo asentado debemos entender que las donaciones pueden provenir de entre los cónyuges o bien de extraños, en el caso de los segundos, en realidad suelen ser amigos de la pareja y se acostumbra el presentar una donación (como así lo define la ley) o un regalo, para participar de la alegría de los futuros esposos con motivo de su compromiso matrimonial. En ocasiones las donaciones que se hacen en este tipo de celebridades suelen ser muy onerosas, por lo que los legisladores consideraron importante regularlas para evitar posibles abusos.

El Código Civil establece una limitación en cuanto al valor de los bienes que pueden ser objeto de donación entre esposos, de tal forma que en el artículo 221 se dispone el valor de estas donaciones; y aunque fueren varias no podrán exceder la sexta parte de los bienes del donante y agrega que, en lo que excedan, serán inoficiosas o lo que es lo mismo se tendrán por no realizadas.

Para saber si una donación es inoficiosa podrá elegirse como época para hacer el avalúo de los bienes, la fecha en que se realizó la donación o la fecha del fallecimiento del donante (artículo 223 del Código Civil); pero sólo se tomará en cuenta la fecha del

fallecimiento del donante, si no se hizo inventario de sus bienes en la fecha en que se realizó la donación (artículo 224 del Código Civil).

Las donaciones antenupticiales no se revocan por sobrevenir hijos al donante (artículo 226 del Código Civil). Tampoco se revocarán por ingratitud, a no ser que el donante fuese un extraño y que la donación haya sido a ambos esposos y que los dos sean ingratos (artículo 227 del Código Civil).

En nuestro derecho se protege al donante de conductas impropias por parte del cónyuge donatario, éste último se entiende que recibe los bienes en donación por la gratitud y respeto a la institución matrimonial de parte de su cónyuge, de tal forma que al presentarse conductas que atenten al donante o al matrimonio es posible exigir la revocación de las donaciones: "Las donaciones podrán ser revocables por el adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario, cuando el donante fuere el otro cónyuge" (artículo 228 del Código Civil).

Los menores de edad que pretendan contraer matrimonio también pueden hacer donaciones antenupticiales, pero sólo con la intervención de sus padres o tutores o con aprobación judicial (artículo 229 del Código Civil).

Las donaciones se hacen en consideración al enlace conyugal eminente de los futuros cónyuges, si el matrimonio no se efectúa, la donación queda sin efecto<sup>144</sup> y por consiguiente se tendrá la obligación de devolver las donaciones. Los presentes que hacen los familiares y amigos de los novios con motivo de la boda son regulados bajo esta norma.

#### **5. 5 DONACIONES ENTRE CONSORTES.**

Durante el matrimonio cualquiera de los consortes puede hacer donaciones a su cónyuge, siempre y cuando se encuentren unidos bajo el régimen de separación de bienes, ya que de lo contrario no tendría objeto el llevar a cabo donaciones. Estos actos de liberalidad entre los cónyuges, están sujetos a las disposiciones, contenidas en los artículos 232 y 233 del Código Civil :

- a) Son revocables mientras subsista el matrimonio y haya causa justificada a juicio del juez;
- b) No deben ser contrarias a las capitulaciones matrimoniales y
- c) Sólo son válidas en cuanto no perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos.- Ninguna donación entre consortes debe afectar el derecho a recibir alimentos por parte de los hijos, por lo que el legislador atinadamente prohíbe donaciones en las que se incurra en estas circunstancias.

---

<sup>144</sup> Cfr. Art 230. *Código Civil para el D. F.*

## **CAPÍTULO VI**

### **ANÁLISIS COMPARATIVO DEL MATRIMONIO**

#### **EN EL DERECHO ROMANO Y EL DERECHO VIGENTE**

El presente y último capítulo pretende recoger los conceptos más valiosos acerca del matrimonio del derecho romano, para posteriormente hacer un análisis comparativo con el derecho vigente. De esta forma nos percataremos de la tremenda e innegable influencia de nuestro derecho con el derecho romano y la forma en que numerosos conceptos que el día de hoy se aplican, son en realidad un valioso legado que hemos heredado precisamente del derecho romano.

En los capítulos anteriores hemos analizado diversos aspectos sobresalientes del matrimonio del derecho romano y el de nuestra legislación vigente, sin embargo corremos el riesgo de perdernos con tanta información para hacer un de análisis comparativo, por lo que debe primero ser compilada y revisada simplificando los puntos importantes.

El cuadro que a continuación se presenta, es un verdadero resumen de los aspectos más relevantes, en ellos se encuentra una breve descripción del concepto en cuestión, tanto en el derecho romano como en el derecho vigente, el mismo permitirá además, el efectuar un análisis comparativo más efectivo y entonces ayudará a hacer mayores consideraciones acerca de las diferencias y aportaciones del derecho romano con el derecho civil vigente.

## 6. I CUADRO TEMÁTICO DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

DERECHO ROMANO	DERECHO CIVIL VIGENTE
<p><b>Arrae Sponsale.-</b> Promesa de matrimonio, formulada por los futuros contrayentes o su <i>paterfamilias</i>. La costumbre exigía que se elaborara un documento, ante testigos. La ruptura del compromiso no tenía aparejada ninguna pena.</p>	<p><b>Esponsales.-</b> La definición es clara en el Código Civil, en su artículo 139: "La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales".</p> <p>Se normativiza la figura de los esponsales y se imponen sanciones (reparación material e indemnizaciones por daño moral) en caso de incumplimiento.</p> <p>Existe por la influencia romana, pero no se observa.</p>
<p><b>Concubinatio.-</b> Es la unión estable de un hombre y una mujer sin intención o posibilidad de ser marido y mujer. Unión lícita pero de orden inferior al matrimonio. No se permitía tener más de dos concubinas y se atenía a las limitaciones para contraer matrimonio (parentesco, pubertad, etc.).</p> <p>Hijos nacidos de concubinatio eran <i>liberi naturalis</i>, no sujetos a patria potestad. Los romanos reprobaban y sancionaban este tipo de uniones.</p>	<p><b>Concubinatio.-</b> Es la cohabitación entre hombre y mujer mas o menos prolongada y permanente por un lapso de por lo menos cinco años, requiriendo que ambos sean solteros.</p> <p>El derecho vigente ve con desdén esta situación y por las consecuencias que produce se han tenido que normar este tipo de uniones, reconociéndole un grado inferior al del matrimonio.</p> <p>Produce efectos jurídicos con los descendientes productos de tal unión.</p>
<p><b>Matrimonio Sine Connubio.-</b> Es el matrimonio romano que se celebraba cuando uno de los contrayentes no contaba con el <i>connubium</i> (derecho de casarse que era otorgado por ser ciudadano romano).</p>	<p>El derecho vigente no reconoce este tipo de matrimonios, ya que ante la ley todos somos iguales y no se distinguen clases sociales. Como así ocurría entre los ciudadanos romanos y los peregrinos, esclavos, etc.</p>
<p><b>El Contubernio.-</b> Era una unión considerada como lícita y se consideraba como tal, cuando en el enlace uno (o ambos) de los contrayentes era esclavo.</p>	<p>Nuestra Carta Magna, en su artículo 2 dispone que "Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos...". Por lo anterior nuestra legislación no reconoce ni ha reconocido el contubernio, como forma de unión.</p>

DERECHO ROMANO	DERECHO CIVIL VIGENTE
<p><b>El Matrimonio Romano <i>Iustae Nuptiae</i>.</b>- La unión del varón y la mujer, que contiene el propósito de vivir en comunidad indisoluble. La base del matrimonio es la <i>affectio maritalis</i>, en tanto éste dura duraba el matrimonio. No existían formalidades, ni solemnidades para celebrarlo. Su existencia era presuntuosa.</p>	<p><b>El Matrimonio en el Derecho Vigente.</b>- Es un conjunto de deberes y obligaciones, orientados a la protección de los hijos y a la mutua ayuda y colaboración, de los cónyuges que para realizarse requieren el esfuerzo de ambos cónyuges. El matrimonio es un acto jurídico solemne, que produce efectos y da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges.</p>
<p><b>Requisitos para el <i>Iustae Nuptiae</i>.</b>- El derecho romano no considera formalismos ni mayores requisitos que el consentimiento de los contrayentes y del <i>paterfamilias</i>, edad pubertad, <i>connubium</i>.</p>	<p><b>Requisitos de Validez para contraer matrimonio.</b>- Se contemplan requisitos esenciales y de validez. Los primeros consideran a la voluntad, el objeto y la solemnidad; los segundos la capacidad, ausencia de vicios de la voluntad, licitud del objeto y formalidades.</p>
<p><b><i>Impedimentos para celebrar el <i>Iustae Nuptiae</i>.</i></b>- Parentesco o afinidad en línea recta, consideraciones políticas y sociales, lazo matrimonial anterior, adulterio u raptó. Los impedimentos para contraer nupcias en el derecho romano eran relativamente similares a lo que conocemos en nuestro derecho como impedimentos dirimentes. Podemos considerar que hubo una aportación en este renglón muy significativa por parte de los romanos, por citar un ejemplo, ya consideraban el plazo de viudez, para evitar problemas de reconocimiento de descendientes.</p>	<p><b>Impedimentos para celebrar el Matrimonio.</b>- Existen dos tipos de impedimentos: Impedimentos dirimentes, que causan la nulidad absoluta del matrimonio o su inexistencia, entre los cuales se encuentran, falta de capacidad física y de consentimiento, parentesco en línea recta, adulterio, atentado contra la vida, embriaguez habitual y estar unido en matrimonio al pretender contraer nuevas nupcias. Impedimentos Impedientes.- No producen la nulidad del acto, sólo su ilicitud.</p>
<p><b>Efectos del <i>Iustae Nuptiae</i>.</b>- Obligación de fidelidad, con respecto a los hijos, afinidad con la familia del contrayente, derechos de alimentación ( el derecho de alimentación era una obligación para el esposo, ya que la mujer no debía sostener económicamente el hogar) y sucesorios.</p>	<p><b>Efectos del Matrimonio.</b>- En el derecho civil vigente se contemplan cuatro deberes u obligaciones que nacen del matrimonio: el deber de cohabitación, débito carnal, deber de fidelidad y deber de asistencia y ayuda mutua, todos estos nacen al momento de celebrar el matrimonio y son exigibles a ambos tanto el hombre como a la mujer.</p>

DERECHO ROMANO	DERECHO CIVIL VIGENTE
<p><b>Matrimonio <i>Manus Martii</i>.</b>- Con esta unión al cónyuge o su paterfamilias le eran traspasados todos los derechos de la patria potestad. Existían tres formas en este tipo de unión:</p> <p>a) <b><i>Confarreatio</i>.</b>- Reservada a patricios, ceremonia religiosa.</p> <p>b) <b><i>Coemptio</i>.</b>- La venta de la mujer a su marido.</p> <p>c) <b><i>Manus usus</i>.</b>- La posesión continuada de la mujer por más de un año.</p> <p><b>Matrimonio <i>Sine Manus</i>.</b>- Otorgaba el mismo plano de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer y no era traspasada la <i>manus</i> de la mujer a la familia del cónyuge.</p>	<p>En nuestra actual legislación y concepción del matrimonio, no cabría ninguna de las formas de unión a las que se referían los romanos, ya que los hombres y mujeres son iguales ante la ley, como así lo dispone el artículo cuarto de la Constitución. Por lo tanto, no es posible que la mujer sea tratada como un bien objeto de susceptible de negocio entre padres y esposos.</p> <p>Prácticamente única figura que es aceptada aunque no idéntica en nombre es el matrimonio <i>sine manus</i>, que es precisamente el matrimonio romano que marcó el inicio de la decadencia del tradicional matrimonio romano en donde la mujer era subyugada al marido.</p>
<p><b>Legislación Caducaria.</b>- Ley promulgada por Augusto y cuyo fin era el de fomentar el crecimiento demográfico de Roma, para cumplir los objetivos nacionalistas. Incluía sanciones a quien no tuviera descendientes y estímulos a quien la respetara.</p>	<p>Nuestra actual legislación constitucional, dispone en su artículo cuarto que " Toda persona es libre de decidir libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos.", por lo tanto no tendría lugar una legislación caducaria en nuestro derecho.</p>
<p><b>Matrimonios Nulos o Inexistentes.</b>- Los romanos si bien estipularon impedimentos para la celebración de matrimonios, pocos fueron las disposiciones al respecto.</p> <p>a) Consideraron como inexistentes cualquier tipo de unión que no fuese <i>Iustae Nuptiae</i>.</p> <p>b) No otorgaban la ciudadanía romana a los descendientes de cualquier unión no lícita.</p>	<p><b>Matrimonios Nulos o Inexistentes.</b>- Son considerados como tales aquellos que contraponen los requisitos esenciales de matrimonio. Pero existen consecuencias:</p> <p>a) Matrimonio tiene presunción de validez.</p> <p>b) Matrimonio de buena fe produce efectos jurídicos.</p> <p>c) Siempre se presume buena fe.</p> <p>d) Habiendo posesión del estado conyugal, no se puede pedir nulidad de matrimonio.</p> <p>d) La nulidad no destruye los efectos sobre los hijos.</p>
<p><b>Disolución del Matrimonio.</b>- La muerte de uno de los esposos, cautividad o pérdida de <i>connubium</i> y el divorcio.</p>	<p><b>Disolución del Matrimonio.</b>- El matrimonio en el derecho vigente se extingue por la muerte de uno de los esposos y el divorcio.</p>

DERECHO ROMANO	DERECHO CIVIL VIGENTE
<p><b>El Divortium.-</b> Era concebido como la ruptura voluntaria del lazo conyugal. No exigía formalidad alguna, sólo se permitía al hombre iniciarlo, en el período clásico.</p>	<p><b>El Divorcio.-</b> Disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, según el Código Civil en su artículo 266. Nuestra legislación vigente permite el divorcio y lo norma a efecto de que éste se lleve a cabo atendiendo a las consecuencias que este acto produce. En el derecho vigente a diferencia del romano, se establece la facultad de iniciar al divorcio a ambos consortes.</p>
<p><b>Régimen Patrimonial del Matrimonio Romano.-</b> Dependía enteramente a la forma en que se hubiera celebrado el matrimonio <i>manus mariti</i> o <i>sine manu</i>, aunque la regla general contemplaba una absorción de todos los bienes de la mujer por parte del marido.</p> <p><b>a) Uxor manus mariti.-</b> El esposo disponía completamente de todos los bienes de su esposa, ésta no podía disponer en lo absoluto de los bienes del matrimonio, ni siquiera de los dotados, el marido ejercía plenos derechos sobre la propiedad conyugal y además ejercía la patria potestad sobre su mujer, la cual prácticamente pasaba a ser como su "hija".</p> <p><b>b) Uxor manu.-</b> Cada uno de los cónyuges continuaba manteniendo su situación patrimonial de manera independientemente, exactamente como la que guardaban antes de celebrar las nupcias. Lo usual era que la mujer confiara a su marido la administración de sus bienes (parafernales).</p>	<p><b>Régimen Patrimonial del Matrimonio en el Derecho Vigente.-</b> El derecho civil vigente contempla las capitulaciones matrimoniales, sociedad conyugal y régimen de separación de bienes. Y da plena facultades de optar libremente por cualquier sociedad a ambos cónyuges.</p> <p><b>a) Capitulaciones Matrimoniales.-</b> El convenio presente que los pretendientes celebran con relación a sus bienes presentes y a los que adquirirían en el matrimonio.</p> <p><b>b) La Sociedad Conyugal.-</b> Es una comunidad sobre los bienes presentes y futuros, o sobre unos u otros o parte de ellos, según convengan las partes en las capitulaciones. Si deciden formar un acervo común con la totalidad de los bienes, presentes y futuros será sociedad conyugal universal.</p> <p><b>c) La Separación de Bienes.-</b> Este régimen consiste en que cada uno de los consortes conserva la propiedad y administración de sus bienes presentes y futuros</p>

DERECHO ROMANO	DERECHO CIVIL VIGENTE
<p><b>Presumptio muciana.-</b> Quinto Mucio (por quien se denominaba así, esta figura jurídica) dispuso que cuando se discute de donde procede la adquisición hecha por una mujer, es mas ajustado a la verdad y a la buena fama estimar que adquirió de su marido o del que estaba bajo su potestad, todo aquello cuya distinta procedencia no puede probarse. Quinto Mucio aprobó esto para evitar &lt;averiguaciones sobre&gt; ganancias inconfesables de la mujer." D. 24, 1, 51. <i>Pomp. 5 ad Q. Muc.</i>)<sup>143</sup>; a lo anterior se le conocia como la <i>presumptio muciana</i></p>	<p><b>Presunción Muciana.-</b> Nuestro derecho adopta la <i>presumptio muciana</i> que los romanos aplicaban en caso de dudas acerca del patrimonio de la mujer. En caso de quiebra, la presunción muciana otorga la facultad de ingresar a la masa de los bienes del quebrado, los bienes que su cónyuge hubiere adquirido durante el matrimonio, en los cinco años anteriores a la fecha de la quiebra, que se presume son propiedad del marido quebrado o concursado (artículo 163 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos).</p>
<p><b>La Dote.-</b> Es una donación hecha al marido para solventar los gastos del matrimonio. Institución jurídica y social en roma, aceptada y socialmente inaceptable cuando no se presentaba. Se podía constituir dote sobre prácticamente cualquier bien. La dote se concertaba por medio de un contrato verbal o por estipulación ordinaria.</p>	<p><b>Donaciones antenuptiales.-</b> Son aquellas donaciones que hace un extraño hace a cualquiera de los esposos o ambos en consideración al matrimonio. Se establecen además reglas a las mismas y limitaciones en monto a las donaciones por parte del donante. En nuestro derecho el término "dote" no es concebido como tal, pero sí se regulan las donaciones antenuptiales, que en esencia son lo mismo que una dote.</p>
<p><b>Donaciones.-</b> La regla general era que todas las donaciones entre marido y mujer eran nulas. Las donaciones eran nulas, pero sí se validaban al morir el cónyuge donante. Eran consideradas como un "legado en vida".</p>	<p><b>Donaciones.-</b> Contrario a los romanos el derecho civil vigente sí permite las donaciones entre consortes, aplicando las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Son revocables mientras subsista el matrimonio.</li> <li>b) No deben ser contrarias a las capitulaciones matrimoniales.</li> <li>c) Son válidas en tanto no perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos.</li> </ol>

<sup>143</sup> Cfr. El Digesto de Justiniano. *opus cit.*, pág. 161.

## **6. 2 ANÁLISIS DE DIFERENCIAS Y APORTACIONES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y EL MATRIMONIO VIGENTE**

**A) Los esponsales.-** La figura jurídica de los esponsales en el derecho romano y en el derecho vigente es prácticamente igual en esencia, sólo que nuestro derecho ha impuesto la obligación de darle más formalismo a los esponsales y además ha impuesto sanciones para el caso de que exista incumplimiento, por alguno de los esponsales. La realidad es que en la práctica éste concepto jurídico ya no se aplica y ha quedado en nuestras leyes como muestra de la influencia romana en nuestra legislación.

**B) El Concubinato.-** Los romanos consideraban al igual que el derecho civil vigente, que este tipo de enlaces era inferior al matrimonio, que afectaba a la sociedad y desde luego trataban de desalentar este tipo de uniones al igual que nuestro derecho, el cual ve con desdén estas uniones. Proclamaban que nadie podía tener dos concubinas y que era necesario ser soltero para tener una concubina, estas ideas llegaron a nuestro derecho casi intactas, sólo que nuestro derecho llegó hasta las consecuencias y es por ello que se vio en la necesidad de normativizar este tipo de uniones. La aportación y adelanto de los romanos en éste concepto fue enorme y su estudio seguramente contribuyó para normar el concubinato, como lo conocemos hoy día.

**C) El Matrimonio.-** El matrimonio romano a pesar de guardar enormes diferencias, dejó aportaciones muy importantes a nuestra institución conyugal, como primer punto podemos destacar:

- a) *Los fines del matrimonio.-* cabe destacar que a pesar de que los matrimonios romanos carecían de formalismos, veían claramente los objetivos y fines de esta unión para la sociedad, como el de procrear hijos, apoyo mutuo, y vivir en comunidad indisoluble.
- b) *Base Matrimonial.-* Dentro de los aspectos negativos del matrimonio romano se encuentra lo que ellos consideraban la base para que este subsistiera, la *affectio maritalis*, la cual sólo se asemeja en nuestra época a una simple relación de noviazgo en donde cualquiera de las partes puede romper con el compromiso en el momento que el afecto dejare de existir. Nuestra legislación toma estos aspectos relevantes del derecho romano , desecha los que no son útiles para la sociedad y perfecciona esta institución, al darle formalismo, solemnidad y un marco regulatorio que hace más sólida esta institución.
- c) *Un solo tipo de matrimonio.-* Nuestra legislación aprendiendo de lo ocurrido en la historia del matrimonio, decide considerar un solo tipo de unión conyugal para todos los que deseen contraer nupcias, haciendo de esta forma que el matrimonio esté al alcance de cualquiera que, cumpliendo los requisitos, desee contraer nupcias, logrando de esta forma robustecer dentro de la sociedad las uniones nupciales.
- d) *La monogamia.-* A pesar de que el derecho romano se remota a siglos de nuestra actual legislación, lo cierto es que los romanos se encontraban prácticamente adelantados ya que veían a la bigamia como una conducta que atentaba contra el matrimonio, por lo que reprobaban este tipo de comportamientos.

*e) Consecuencias jurídicas a los descendientes.-* El matrimonio romano veló por los descendientes del matrimonio, cuidó de que no se les afectara patrimonialmente y de que se respetaran sus derechos, nuestro Código Civil, guarda una postura muy similar a la del derecho romano, cuidando en todo momento las consecuencias que una unión conyugal puede traer con los descendientes.

*f) Impedimentos matrimoniales.-* En este sentido encontramos muchas similitudes con lo que los romanos consideraban como impedimentos para celebrar *iustae nuptiae*, al efecto podríamos mencionar el impedimento para contraer matrimonio entre ascendientes y descendientes, el impedimento entre adúltero y adúltera, el impedimento por existir un lazo matrimonial anterior. Prácticamente vemos que se han absorbido en nuestra legislación estos preceptos y que fueron observados por los romanos en su tiempo.

**D) Requisitos para contraer matrimonio.-** Si bien los romanos no se distinguieron por ser formalistas en la celebración de sus matrimonios, sí exigieron ciertos requisitos que nuestras normas aceptaron, dentro de los cuales destacan, el consentimiento de los contrayentes, el objeto y la edad de pubertad (capacidad). Tomando estos conceptos y dotando de solemnidad al matrimonio, el derecho civil actual, ha impuesto exigencias esenciales y de validez, los primeros consideran a la voluntad, el objeto y la solemnidad y los segundos la capacidad, la ausencia de vicios, licitud en el objeto y las formalidades, como podemos percatarnos el derecho romano ya incluía implícitamente la mayoría de estos requisitos. Lo cierto es que el matrimonio como lo conocemos ahora, tomó del derecho romano una idea amplia de los requisitos de validez para contraer nupcias.

**E) Efectos del Matrimonio.-** En relación a los efectos del matrimonio podríamos decir que los romanos se adelantaron a su tiempo y tenían en este sentido verdaderas normas tendientes a velar las consecuencias del matrimonio. Ejemplo de ello fue su concepción de fidelidad, reprobando por completo el adulterio, también disponían que el matrimonio traía consigo deberes de alimentación por parte del esposo, además se suponen derechos sucesorios a la familia. El derecho vigente toma absolutamente todos estos conceptos y les da pleno valor legal, con la diferencia de que ante la ley hombres y mujeres son iguales y por tanto sujetos de los mismos derechos y obligaciones. En este inciso se percibe una notoria influencia romana.

**F) Matrimonios Nulos e Inexistentes.-** En este sentido los romanos no tuvieron una concepción avanzada como en otras disposiciones, consideraban inexistente cualquier forma de unión que no fuera *Iustae Nuptiae*, y para ello se requería la ciudadanía romana; respecto de la nulidad de matrimonios el paterfamilias tenía la facultad de nulificar el matrimonio en el momento en que así lo considerara necesario. Nuestra legislación, por el contrario, sí considera principios generales para atender casos en que existan matrimonios nulos e inexistentes. En este sentido la aportación del derecho romano no es tan rica como hemos constatado en otros renglones.

**G) Disolución del Matrimonio del Matrimonio.-** Los romanos consideraban que el vínculo conyugal se extinguía cuando fallecía uno de los cónyuges, cautividad, pérdida de *connubium* y el divorcio, en nuestro derecho se aceptan la muerte y el divorcio, ya que ni

el *connubium* ni la cautividad (inexistente en nuestra legislación) son considerados como causas que disuelven el matrimonio.

**H) El Divorcio.-** El divorcio romano al igual que en nuestro derecho era la disolución del vínculo conyugal, sólo que los romanos brillaron por su gala de negar el formalismo en sus actos jurídicos. El divorcio romano podía consistir en la simple declaración por el hombre (la mujer no tenía ese derecho ) en la cual manifestaba la ruptura de la unión conyugal. El derecho vigente aunque tomó la esencia del divorcio, lo reglamentó e impuso ciertas condiciones para poder solicitarlo o exigirlo en su caso, además de darle a la mujer la facultad de poder solicitarlo. La esencia del divorcio romano, fue tomada en nuestro derecho pero con un marco jurídico regulatorio, tendiente a vigilar las consecuencias que éste acto produce.

**I) Tipos de divorcio.-** El derecho romano en este sentido si se asemeja a nuestro derecho, ya que según fuesen las circunstancias se podía recurrir a un determinado tipo de divorcio. El divorcio *sine causa* era el solicitado unilateralmente e iba aparejado de sanciones a quien lo solicitaba por no existir causa justa, (este tipo de divorcio no tiene lugar en nuestro derecho ya que sólo se concibe el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio con causa o necesario) . Además existía el divorcio *Ex Communi Consensu*, es el que se llevaba a cabo cuando había mutuo consentimiento, este tipo de divorcio existe en nuestra legislación vigente y es el que se conoce como Divorcio por Mutuo Consentimiento, finalmente los romanos concebían el divorcio *Bona Gratia* o Repudio,

que es el que se solicitaba unilateralmente cuando existía una causa justa que es similar al que conocemos como Divorcio Necesario, en el que alguno de los cónyuges ha incurrido en alguna causal de divorcio.

Respecto de las causas de divorcio llama la atención la enorme similitud de razones por las cuales se podía solicitar el divorcio, ya que se consideraban como causas justas, la esterilidad, el cautiverio o prisión, ausencia prolongada, voto de castidad, etc. Todas las razones anteriores se antepone a los fines del matrimonio en la actualidad y por ello son aceptadas como causales de divorcio en nuestro derecho vigente entre otras más.

**J) Régimen Patrimonial del Matrimonio.-** El régimen patrimonial en el derecho romano fue sin duda muy severo con las mujeres, los bienes de éstas se tenían por absorbidos en el patrimonio del esposo y en el mejor de los casos cada uno de ellos conservaba su patrimonio de manera independiente (*Uxur manu*), pero de ninguna manera se consideraba lo que en nuestro derecho se conoce como la sociedad conyugal. Nuestro derecho apegado al principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer no concibe la idea de considerar reglas similares a las de los romanos tratándose de régimen conyugal. El Código Civil contempla dos regímenes patrimoniales el de sociedad conyugal y el de separación de bienes (equivalente al *Uxur Manu*), además de las capitulaciones matrimoniales que permiten hacer arreglos respecto de los bienes de los cónyuges.

**K) Donaciones Antenupticiales.-** La falta de formalismo no fue la excepción en el derecho romano en este aspecto, aunque con otro nombre (dote), tenían bien concebida esta figura, socialmente era aceptable y era visto con reproche cuando un padre no dotaba a la futura esposa. Nuestra sociedad no observa esta práctica entendida como la comprendían los romanos, pero el Código Civil por la costumbre que seguramente se dio en alguna época o bien por la influencia romana, contiene las normas relativas a lo que se conoce como las donaciones antenupticiales, en donde se establecen reglas al respecto y que hacen que se de una sana convivencia en los casos en que se presenten las donaciones antenupticiales. Las donaciones antenupticiales a diferencia de la dote pueden ser otorgadas por los padres o bien por cualquier extraño, por lo que los presentes que se reciben antes de celebrarse la boda caen en este supuesto.

**L) Donaciones.-** Los romanos prohibieron las donaciones entre los consortes, al grado de considerarlas como inexistentes y validarlas únicamente con la muerte del donante. Nuestro derecho no es tan inflexible al respecto, pero sí estableció reglas para que pudiesen existir las donaciones entre consortes, como la facultad de revocarlas en tanto subsista el matrimonio, que no contravengan las capitulaciones matrimoniales y que por último no perjudiquen el derecho de los ascendientes y/o descendientes.

### **6. 3 PRINCIPALES APORTACIONES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO AL MATRIMONIO EN EL DERECHO CIVIL VIGENTE**

**a. Terminología Jurídica.-** Una de las principales aportaciones que el matrimonio romano ha hecho a nuestro matrimonio en el derecho civil vigente es quizá la mas obvia y la cual pasa desapercibida, la terminología jurídica de numerosos conceptos jurídicos, esto por la influencia del latín a nuestro idioma. Pero muchos términos parecen haber llegado casi intactos, como por ejemplo *sponsalia* - esponsales; *divortium* - divorcio; *nuptiae* - nupcias; *paterfamilias* - patria potestad, y en general un sinnúmero de términos jurídicos que se aplican a todas las ramas del derecho y que permiten el estudio del derecho comparado más fácilmente, existiendo una plataforma jurídica internacional.

**b. Conceptualización de figuras jurídicas.-** Gracias a los romanos el día de hoy las instituciones jurídicas que nos rigen son precisamente como son, aunque ellos concebían

las figuras jurídicas de distinta forma, lo cierto es que nos dieron una base que permitió desarrollar el concepto de matrimonio y todo cuanto a éste rodea.

**c. La esencia y fines del matrimonio.-** Una de las más grandes aportaciones del derecho romano en nuestra legislación, fue la forma en como concibieron el matrimonio y los fines para los cuales se constituía. Ellos tenían muy claro los fines del matrimonio

(procreación, apoyo mutuo y vida en común) que son concebidos en la institución matrimonial actual.

**d. El matrimonio como pilar de la sociedad.-** Los romanos también nos dejaron una gran lección al ubicar al matrimonio como pilar de la sociedad, por esa razón veían al concubinato con verdadero desdén y en un grado muy inferior al matrimonio; además reprobaron con creces la bigamia y sancionaron el adulterio.

**e. El concubinato como unión inferior.-** Hemos reiterado demasiado al respecto, pero el concubinato no es el tipo de relación que los romanos veían como óptima para el desarrollo de sus familias y su sociedad. Esta idea la hemos recibido y acogido en nuestra legislación y al igual que el pueblo romano sabemos y estamos conscientes de que debemos buscar erradicar de nuestra sociedad al concubinato.

**f. Derecho comparado.-** Si bien el matrimonio romano nos dejó legados muy importantes en la concepción que hoy tenemos de matrimonio, lo cierto es que también fue importante como derecho comparado y como auténticas lecciones de “no hacer”, ya que a partir de los errores en el derecho romano, se han podido perfeccionar las instituciones actuales, permitiendo que el matrimonio concretamente se fortalezca como base de la sociedad.

**g. El Divorcio.**- Si bien debe el derecho que se aplica hoy día al derecho romano numerosos conceptos acerca del matrimonio, no podemos olvidar que la figura del divorcio, fue una aportación de los romanos, en Roma precisamente tuvo lugar el primer divorcio del que se tenga idea y hemos recibido ese legado para después perfeccionarlo y darle un marco legal que en esencia no se aparta de la idea básica que tenía el derecho romano. Nosotros contamos con normas tendientes a proteger a los descendientes producto del matrimonio cuando surge un divorcio como así lo estipularon en Roma.

## CONCLUSIONES

La elaboración de este estudio nos lleva forzosamente a concluir los aspectos que merecen una última consideración y son los que a continuación se enumeran:

1. Debe existir mayor investigación jurídica respecto del derecho romano por parte de abogados mexicanos, actualmente contamos con estudios muy profesionales y serios de prestigiados romanistas, sin embargo es necesario continuar profundizando en el extenso mar del valioso legado romano y compararlo con nuestra legislación, no podemos ver el estudio del derecho romano como cosa del pasado intrascendente.
2. El matrimonio en el derecho romano, fue considerado como un contrato privado en el cual la formalidad no era un requisito, contrario a nuestro derecho que exige formalidades y solemnidades. De lo anterior podemos afirmar que es imposible pensar en un matrimonio como lo concebían los romanos basado en la *affectio maritalis*; debemos entenderlo como un derecho natural y una auténtica institución social y por consiguiente debe estar tutelado por disposiciones legales.
3. No deben las autoridades proponer o imponer normas que contravengan a los derechos naturales del hombre como así ocurrió con la Legislación Caducaria, hombre y mujer son libres de decidir su descendencia y el momento en el que pretendan concebir, si así lo han

determinado. Además debe existir total respeto al estado civil que los individuos pretendan guardar.

4. La unión conyugal es sin lugar a dudas el pilar de la sociedad, no podríamos hablar de un desarrollo social si no se encuentran presentes las nupcias que son el primer paso a la familia y ésta a la sociedad. Sociedad y Estado tienen la obligación de velar por el matrimonio, observando que se respeten sus objetivos y fines. En este sentido podríamos pensar en una institución similar al D. I. F. o al CREA en donde se busquen apoyos a las parejas que se encuentren casadas.

5. Existe en nuestra sociedad una total desinformación de lo que implica la figura del matrimonio, las parejas que acuden al Registro Civil, no conocen sus derechos y obligaciones y esto se refleja en temores infundados acerca de lo que representa el contraer nupcias. Las autoridades pueden hacer mucho al respecto para orientar a los futuros consortes como así lo hace ya la iglesia católica con cursos prematrimoniales. Al efecto podrían impartirse cursos prematrimoniales de parte del Estado, en donde se de información acerca de el acto solemne.

6. El divorcio es el fracaso matrimonial, un mal necesario que debe de tolerarse, atendiendo siempre a las consecuencias producto de la unión conyugal y mirar por el bien de los descendientes, como así lo hacían los romanos. Afortunadamente nuestro derecho

exige y pone especial énfasis en relación a este renglón y aún cuando ve con desdén al concubinato, si normativiza el resultado que se produce.

7. El concubinato es una unión que afecta y denigra a la sociedad, deben por lo tanto buscarse alternativas que direccionen el comportamiento, para que se opte por el matrimonio, a este respecto podrían influir incentivos fiscales, tasas preferenciales para créditos de vivienda y/o beneficios de diversa naturaleza, el Estado debe preocuparse y tener una actitud activa por fomentar que los concubinos reglamenten su situación, como así lo hizo en su oportunidad en Roma el emperador Constantino y como así lo hace ya la iniciativa privada, en donde no es raro que se de preferencia laboral en igualdad de circunstancias a las personas que se encuentren unidas en matrimonio.

8. No obstante que -como acabamos de mencionar en el punto anterior- el concubinato no es precisamente la forma de vida que beneficie más a la sociedad, no debemos olvidar que éste trae consecuencias y es necesario que se vele en todo momento por los descendientes que pudieren procrear los concubinos. Podríamos pensar en combatir al concubinato por medio de sanciones, pero definitivamente la mejor forma de hacerlo es motivando y premiando la unión matrimonial, de forma que los concubinos encuentren en las nupcias la forma más conveniente de vida para ellos y para su familia.

9. Los romanos entendían perfectamente los fines del matrimonio y sus causas para impedirlo, en relación a ello, vale destacar que veían la total imposibilidad de unión

conyugal entre personas del mismo sexo, afortunadamente nuestra actual legislación prohíbe enlaces de ésta forma, pero en este sentido debe de pronunciarse siempre ya que actualmente existen corrientes y presiones de sectores minoritarios por permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual es inaceptable.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ARIAS, Ramos, J.- Arias, Bonet. J. A. *Derecho Romano II* (Obligaciones, familia, sucesiones). Décima Octava Edición, Madrid 1990.
- BONNECASE, Julián. *La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia*. Editorial José Ma. Cajiga Jr. Puebla, México, 1945.
- BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Edit. Instituto Editorial Reus, Quinta edición, Madrid 1979.
- CARNELUTTI, Francesco. *Come nasce il Diritto*. Edizione Radio Italiana. Torino. 1955.
- DE AVILA, Martel, Alamiro. *Derecho Romano*. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición, 1992.
- DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A. Tercera Edición México 1963.
- D'ORS, J. A. *Derecho Privado Romano*. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. (EUNSA) Octava Edición revisada, Pamplona, 1991.
- DÍ PIETRO, Alfredo. - Lapienza Elli, Angel Enrique. *Manual de Derecho Romano*. Cuarta edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1985.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Buenos Aires Argentina.
- ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Librería de la Viuda de Ch. Bouret, Paris - México, 1925.
- FRANCISCI, Pietro de. *Síntesis Histórica del Derecho Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- GALINDO, Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, S. A. Décima Edición, México, D. F. 1990.
- GARCÍA, Cantero, Gabriel. *El Concubinato en el Derecho Civil Francés*. Roma - Madrid. 1965.

- HERVADA, Javier y Lombardía Pedro. *El Derecho del Pueblo de Dios*. Tomo III. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona. 1973.
- HERVADA, Xiberta, Francisco Javier. *Los Fines del Matrimonio*. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial. Pamplona 1960.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano - Historia e Instituciones*. Editorial Ariel, S. A. Undécima Edición, Barcelona, 1993.
- KASER, Max. *Derecho Privado Romano*. Versión directa de la Quinta Edición Alemana, por José Santa Cruz Teijeiro. Instituto Editorial Reus, S. A. Madrid, 1968.
- LEMUS, García, Raúl. *Derecho Romano*. Editorial Limusa, S. A. Primera Edición. México, D. F. 1964.
- MAGALLÓN, Jorge Mario. *El Matrimonio, sacramento, contrato, institución*. Tipografía Editora Mexicana, S. A. México 1965.
- MARGADANT, S. Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*. Editorial Esfinge, S. A. de C. V. Décimo Cuarta Edición, México, D. F. 1986.
- MATEOS, Alarcón, Manuel. *Estudios Sobre el Código Civil del D. F.* Tomo I. Tratado de Personas. Imprenta de Díaz de León Sues, S. A. México, 1893
- MOMMSEN, Teodoro. *Historia de Roma*. Francisco Góngora. Editor. 9 tomos. Madrid. 1876
- MORINEAU, Iduarte, Martha - Iglesias, González, Román. *Derecho Romano*. Editorial Harla. México, 1987.
- OROZA, Daza, Julio. *Matrimonio y Divorcio en Latino América*. Editorial Huarpes. Buenos Aires, Arg. 1946.
- OSSORIO Y Gallardo, Angel. *Anteproyecto del Código Civil Boliviano*. Buenos Aires, 1943.
- PACHECO, E. Alberto. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*. Panorama Editorial, S. A. , Primera Reimpresión México, D. F. 1993.
- PETIT, Eugéne. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Porrúa, S. A. Primera Edición, México, D. F. 1993.

PORTE PETIT, Candaudap, Celestino. *Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación*. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.

PRAYONES, Eduardo. *Derecho de Familia*. Tercera Edición, Buenos Aires, Arg. 1924.

REINA, Victor. *El Consentimiento Matrimonial. Sus anomalías y vicios como causas de nulidad*. Editorial Ariel. Barcelona 1974.

ROJINA, Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil (Introducción, personas y familia)* Editorial Porrúa, S. A. Vigésima Primera Edición, México, D. F. 1986.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijeiro. Traducciones de Derecho Civil de la 4a. Edición Italiana, Tomo II, vol. 2

SCHULTZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1960.

VENTURA, Silva, Sabino. *Derecho Romano*. Editorial Porrúa, S. A. Primera Edición, México, D. F. 1962

ZANNONI, Eduardo A. *El Concubinato*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1970.

#### **FUENTES.-**

GAYO INSTITUCIONES, Traducción Manuel Abellan Velasco, Juan Antonio Arias Bonet y varios. Editorial Civitas, S. A. Primera Edición, 1985

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO. Versión Española de Francisco Hernandez-Tejero. Madrid, 1961

REGLAS DE ULPIANO. Traducción Nina Ponssa de la Vega de Miguens. Ediciones Lerner, Buenos Aires, Argentina. 1970.

#### **LEGISLACIÓN CONSULTADA.-**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.  
Código Civil para el Distrito Federal.