

185



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLÁN"



"EL MATRIMONIO COMO PARTE DEL DERECHO DE FAMILIA EN ROMA Y SU REPERCUSION EN EL DERECHO ACTUAL"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
NORMA ANGELICA LOPEZ ZAMORA

ASESOR: LIC. JOSE MARIA SAINZ GOMEZ SALCEDO



MEXICO D.F.

ABRIL 2002



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.

EL ESCUDO DE ACATLAN



Acatlán: Lugar del dulce y jugoso carrizo, donde convergen los cuatro elementos, lugar de cañas.

Aquí la caña es apenas un brote; firme, seguro, ascendente y filoso como punta de obsidiana. Brote y nacimiento de nueva vida, nuevos proyectos de una nueva institución. Todo un futuro campo de recias cañas, fruto de TIERRA.

Las hojas que abrigan a la caña son también FUEGO que impulsa en además motivante, son las llamas que purifican la TIERRA quemando viejas hierbas, preparándola para la vida y procurándole el calor suficiente para el crecimiento. La luz del nuevo fuego.

Aguila real, dueña de los cielos, de los Aires, en actitud erguida, orgullosa, con la inquebrantable mirada siempre arriba, sin temor al futuro y desplegando el ala posando el vuelo en nuevas horizontes. Ave majestuosa protectora del joven brote.

Aguila universitaria, autónoma y mexicana, formadora de hombres y mujeres de visión aguda y exacta; hoy gesta una nueva forma de fusión y equilibrio dando luz una dualidad emplumada, surge un ser que purifica el instinto original presa-cazador, se integra a la serpiente que aunque es un ser de tierra, eleva la cabeza en busca de los cielos.

Es la **serpiente emplumada**, con la esencia del Señor de los VIENTOS, las AGUILAS y de la fertilidad, ha trepado y ha tenido el mágico poder de fertilizar la **PIEDRA**, piedra de mil colores que es **MUJER-MADRE**, madre tierra. La piedra que se ha convertido en el "**Centro de las Cañas**", Acatlán.

**DOY GRACIAS A DIOS POR PERMITIRME CONCLUIR ESTA ETAPA
Y TENER LA DICHA DE COMPARTIRLA CON MIS PADRES.**

**A USTEDES CON TODO MI AMOR, LES DEDICO ESTE TRABAJO,
COMO RESULTADO DEL PEQUEÑO FRUTO DE LA SEMILLA QUE JUNTOS
SEMBRARON Y CON SU EMPEÑO Y DEDICACION LOGRARON QUE
CRECIERA. GRACIAS POR SU COMPRESIÓN Y AYUDA EN LOS
MOMENTOS DIFÍCILES.**

A TERE ILIS Y DAVID:

POR SER PARTE DE MI FAMILIA, QUE ESTO SIGNIFIQUE QUE CON EMPEÑO Y VOLUNTAD LOS DESEOS SE CUMPLEN, A PESAR DE LAS ADVERSIDADES.

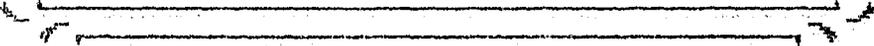
A MIS ABUELOS: A PESAR DE QUE PARTISTE PRIMERO, SIEMPRE SEGUIRAS EXISTIENDO EN MI CORAZON.

A TI, AUNQUE HAYAS PERDIDO UNA PARTE DE TI, NOS HAS DEMOSTRADO LA FORTALEZA QUE EL SER HUMANO DEBE TENER, CON CARIÑO LES DEDICO ESTE TRABAJO, GRACIAS POR COMPARTIR ESTE MOMENTO CONMIGO.

F a l t a

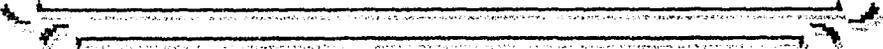
P á g i n a

5



A MI ASESOR:

**GRACIAS POR SU PACIENCIA Y CONFIANZA. POR PERMITIRME
COMPARTIR SUS CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIA, QUE ME HAN
AYUDADO A CULMINAR ESTA ETAPA.**



A LOS VERDADEROS AMIGOS:

**QUE REALMENTE ME HAN DEMOSTRADO EL SIGNIFICADO DE LA
PALABRA A M I S T A D.**

GRACIAS POR SUS CONSEJOS Y MOMENTOS AGRADABLES.

A TODOS USTEDES:

**QUE FACILITARON MI INVESTIGACION, AL FIN HE LLEGADO A LA
PRIMERA META DE MUCHAS QUE TENGO QUE LOGRAR EN ESTA VIDA.**

INDICE

Página

OBEJTIVO 11

INTRODUCCION 12

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA FAMILIA EN EL MUNDO ANTIGUO

1.1. Etimología y Concepto de Familia 14

1.2. La Familia a través de la evolución histórica 18

1.2.1. En los pueblos de Oriente 18

1.2.2. Egipto 18

1.2.3. Persia 20

1.2.4. India 21

1.2.5. Pueblo Hebreo 23

1.2.6. Grecia 25

CAPITULO II

LA FAMILIA EN ROMA

2.1. Carácter y evolución histórica de la familia romana 28

2.2. El parentesco en Roma 37

2.2.1. Agnados 39

2.2.2. Cognados 39

2.2.3. Afinidad 40

2.2.4. De la gens y de los derechos de gentilidad 41

2.3. La patria Potestad 44

2.4. El poder del Pater Familias 47

2.5. Fuentes de la Patria Potestad Romana 48

CAPITULO III

EL MATRIMONIO

3.1. Los Esponsales	54
3.2. Formas de uniones duraderas en Roma	56
3.2.1. Iustae Nuptiae	56
3.2.2. Concubinatio	60
3.2.3. El matrimonio Sine-Connubio	62
3.2.4. Contubernio	63
3.3. Requisitos para contraer Matrimonio	64
3.4. Prohibiciones para la celebración del Matrimonio	67
3.5. Formas del Matrimonio	71
3.5.1. Sine Manus	72
3.5.2. Cum Manus	74
3.6. Efectos del Matrimonio	75
3.6.1. Respecto a los Cónyuges	75
3.6.2. Respecto a los Hijos	77
3.6.3. Respecto a los bienes	78
3.7. Régimen Patrimonial del Matrimonio	79
3.8. El Celibato	81
3.9. Segundas Nupcias	82
3.10. Legislación Matrimonial de Augusto	83
3.11. La Dote	84
3.11.1. Clases de Dote	85
3.11.2. Constitución de la Dote	86
3.11.3. Donaciones Nupciales	87
3.11.4. Donaciones entre cónyuges	89

CAPITULO IV

DISOLUCION DEL MATRIMONIO

4.1. Causas	91
4.2. Efectos del Divorcio en la Legislación Romano-Cristiana..	93
4.3. El Divorcio en el Derecho Justiniano	95

CAPITULO V

ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL MATRIMONIO EN ROMA Y EL DERECHO CIVIL VIGENTE

5.1. La Ley de las Relaciones Familiares	98
5.2. El Código Civil Vigente en el Distrito Federal	101
5.2.1. Requisitos para contraer matrimonio	102
5.2.2. Sociedad Conyugal	108
5.2.3. De la Separación de Bienes	115
5.2.4. De las Donaciones Antenuptiales	117
5.2.5. El concubinato	123
5.2.6. Disolución del Matrimonio	125
5.2.6.1. Divorcio Administrativo	125
5.2.6.2. Divorcio Voluntario	126

ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL MATRIMONIO EN ROMA Y EL DERECHO CIVIL VIGENTE	138
---	------------

CONCLUSIONES	142
---------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	146
---------------------------	------------

O B J E T I V O :

EXPLICAR LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO EN ROMA TENIENDO COMO BASE LA FAMILIA Y PARTIENDO DE ESTE CONCEPTO, ANALIZAR EL DERECHO DEL PATER FAMILIAS, SU INFLUENCIA DENTRO DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO, DE LAS PERSONAS SUJETAS A SU POTESTAD, ASI COMO LAS FORMAS Y EFECTOS DEL MATRIMONIO, CAUSAS DE DISOLUCION Y SU REPERCUSION EN EL DERECHO ACTUAL.

INTRODUCCION.

Existe una característica muy singular desde el origen de la vida humana, ya que en todo momento, cada individuo ha tenido que agruparse para sobrevivir, simplemente hay que recordar como desde la aparición del primer hombre, éste busco estar rodeado de otros, dividiéndose las tareas para poder desarrollarse, creando una sociedad pequeña de gentes, que conforme iba pasando el tiempo se hacia más grande, hasta llegar a lo que hoy conocemos como "familias".

A partir de la unión de dos personas, se fueron creando distintos grupos de gentes, con diferentes ocupaciones, obligaciones y por supuesto con diferencias de ideas.

Todo esto nos sirve de preámbulo para entender como surgió una y forma de unión entre los individuos, que tarde o temprano necesitaron de una regulación jurídica, por medio de la cual se establecieran las bases principales de la figura jurídica que hoy conocemos como *matrimonio*, esta unión ha tenido gran importancia en el desarrollo de la vida del hombre, pues el surgimiento de esta figura se derivó de las necesidades que el mismo ser humano fue teniendo.

Así pues, el presente trabajo tiene por objeto desarrollar ampliamente la figura jurídica del Matrimonio, tomando en cuenta su influencia del derecho romano, que de ahí ha tomado sus bases el derecho actual.

Por consiguiente, en primer lugar es menester hablar de cómo surgió el matrimonio, así que en el capítulo primero damos un bosquejo de los antecedentes de la familia, sus diferentes acepciones y características en el mundo antiguo.

En el capítulo II, hablo concretamente de la familia romana, el parentesco en Roma y sus características esenciales, tales como la Patria Potestad y sus fuentes.

Al haber asentado las bases primordiales del matrimonio, en el capítulo III, explico el nacimiento de esta figura, sus diferentes clasificaciones y características, así como los impedimentos que existían en la celebración del matrimonio, como repercutía respecto a los cónyuges, hijos y bienes, así como las condiciones en que se constituía la dote y donación.

Por lo que respecta al capítulo IV, este trata de la disolución del matrimonio, sus causas, efectos, sus diferentes características y clases.

Al tener con lo anterior el conocimiento del origen del matrimonio romano, ahora se puede abordar en el capítulo V, como se encuentra legislada actualmente esta figura jurídica en el Código Civil vigente, específicamente en el Distrito Federal, no sin antes pasar por las leyes que le antecedieron. Se aclara que con fecha 25 de mayo del año 2000, hubo una reforma amplia e importante al Código Civil de esta ciudad, respecto al tema tratado en el presente trabajo, reforma que desde mi punto de vista era necesaria, pues ya no existía una concordancia, ni adecuación a los tiempos actuales, pero por otro lado, se le concedió al concubinato una igualdad respecto al matrimonio, situación que es por demás delicada, crítica que ampliaré en el capítulo correspondiente.

Espero que el desarrollo del presente tema, se encuentre en posibilidad de ayudar a un mejor entendimiento de cómo el matrimonio ha pasado por diferentes fases, desde la aparición del hombre, así como sus características en cada época y consecuencias jurídicas; para que las nuevas generaciones puedan entender la importancia que esta figura representa y de nosotros depende que el matrimonio pueda seguir siendo la piedra angular en una sociedad, dado que el tiempo no ha sido ningún impedimento para que esta institución permanezca vigente.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES DE LA FAMILIA EN EL MUNDO ANTIGUO.

1.1. Etimología y Concepto de Familia.

Etimológicamente el término " familia " significa, en el antiguo latín, "**Patrimonio doméstico**", en el latín posterior, significa " **un grupo de personas unidas a la vez por intimidad y parentesco**", siendo este último muy ambiguo,¹ y de alguna manera necesario para la interpretación de varios artículos del Código Civil.

Sin embargo, también encontramos que para una respetable mayoría de escritores, "Familia procede del grupo de los - **famuli** - del osco **famel**, según unos; **femes** según otros, y según entender de Taparelli y de De Greet, de **fames**, hambre. **Famulos** son los que moran con el señor de la casa, y anota Breal, en osco **Faamat** significa habita, tal vez del sánscrito **vama**, hogar, habitación, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (**servi**), llamando, pues **familia** y **famulla** al conjunto de todos ellos".²

Para José Castan Tobeñas, familia es el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa.

Como se puede observar, realmente no existe una fuente definida y concreta para encontrar la raíz etimológica de la palabra Familia, pues simplemente dicho término se reduce a someras interpretaciones deducidas por diferentes escritores, resultando como consecuencia que al

¹ MARGADANT, GUILLERMO FLORIS, Derecho Romano, 16 ed, Edit. Esfinge, México. 1989, pág. 197.

² IBARROLA, ANTONIO DE, Derecho de Familia, pág. 2.

buscar un concepto o definición concreta de la Familia, también vamos a encontrar diversidad de criterios al respecto.

CONCEPTO DE FAMILIA.

En nuestro Derecho Positivo se encuentra una definición de familia, como ya se ha mencionado, por lo que se recurre a la doctrina para conocer y entender las diferentes acepciones que existen acerca de la familia.

Empezaré por mencionar que desde el punto de vista sociológico, se encuentra que la familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad. A través de ella la comunidad no solo provee de sus miembros, sino que se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.

Constituye un fenómeno social, por ser la transmisión de los valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra, y por esto mismo la familia ha ido cambiando a través del tiempo.

La familia tiene por objeto la organización de la solidaridad doméstica, siendo el núcleo fundamental y primordial, asimismo es la célula de la sociedad base y piedra angular de todo ordenamiento social, no solo porque constituye un grupo natural e irreductible que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones y de los siglos, sino, además porque es en su seno donde se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tenencias altruistas, las fuerzas y virtudes que necesita para mantenerse saludable y próspera la comunidad política.

Esta institución constituye el caso por excelencia de formación o grupo social suscitado por la naturaleza, así como por los hechos de cada generación. Ahora bien, el hecho de que la familia

se origine primariamente en tal fenómeno natural no quiere decir de ninguna manera que la familia sea exclusivamente un producto de la naturaleza. Por el contrario la familia es una institución creada y configurada por la cultura (Religión, Moral, Costumbres y Derecho), para regular las conductas conectadas con la generación. Al tratar de dar un concepto de familia, abarcando todas sus formas, "Macgulver dice que la familia es un grupo, definido por una relación sexual suficientemente precisa y duradera, para proveer a la procreación y crianza de los hijos".³

Por otro lado, encontramos que "se entiende por **Familia o Domus**, la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único. La familia comprende el paterfamilias que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y la mujer in manu, que está en condición análoga a la de una hija (loco Filiae). Se encuentra caracterizada por el rango dominante del régimen patriarcal".⁴

Rafael Rojina Villegas, dice que la Familia es una institución jurídica, y ante todo institución social, que la ética, las costumbres y la religión tratan de disciplinar cada cual por su cuenta e independientemente de lo que dispone el ordenamiento jurídico.

A su vez la familia es una institución que se basa en el matrimonio, vinculado a los cónyuges y descendientes, con fórmulas de autoridad, afecto y respeto, con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la vida".⁵

Al no existir una definición exacta de Familia, resulta difícil crear alguno, pues habría que comprender todas y cada una de las familias que han existido en la estructura de un país, como por ejemplo en México, hay un gran mosaico familiar, recordemos las indígenas, campesinas, obreras,

³ RECASENS SICHES, LUIS, Tratado General de Sociología, pág. 470.

⁴ CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F, La Familia en el Derecho, pág. 233.

⁵ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia, Volumen I, pág. 28.

urbanas o rurales, de clase media o clase alta, unas que se constituyen no solo por el padre, la madre y los hijos, sino por los diversos parientes.

En la ley de las XII Tablas, la familia se define como **"un conjunto de individuos sometidos a la patria potestad o a la manus de una misma persona (padre o abuelo paterno)**. En este caso la familia tiene un carácter meramente civil, pues forman parte de ella personas no vinculadas por la sangre (extraños incorporados por adopción) y, por el contrario, no forman parte otras vinculadas por la sangre (hijos emancipados, mujeres que por matrimonio han pasado a formar parte de la familia del marido)".⁶

La familia en Roma constituía el núcleo fundamental de la sociedad romana. Tradicionalmente se define a la familia como **"un grupo de personas unidas entre sí pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demás para fines que trascienden del orden doméstico"**.⁷

Por último, se dice que la familia no es una unidad de equilibrio humano y social. Es el origen de la población y el centro de la vida económica y cultural.

⁶ ODERIGO N. MARIO. Sinopsis de Derecho Romano, Palma, Buenos Aires, 1973, pág. 78.

⁷ BERNAL BEATRIZ y LEDESMA JOSE DE JESUS, Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanos, 4ª. Ed, Porrúa, México, 1996, pág. 66.

1.2. La Familia a través de la evolución histórica.

1.2.1. En los pueblos de Oriente

En las últimas fases de la época prehistórica, encontramos a la verdadera familia fundada sobre la paternidad, pero en ese entonces era absorbida por la patriarquía, en donde el elemento familiar y el social estaban confundidos. Estas patriarquías se fueron extendiendo poco a poco, hasta constituir las grandes naciones que se encuentran ya formadas al comienzo de los tiempos históricos y desde sus formas políticas más simples hasta las más complicadas, fue afirmando su autonomía, es decir, la familia ya realmente configurada, empezó a tener una vida independiente y distinta a la del Estado.

Las características generales de la familia en el Oriente, son: la monogamia, limitándose después por medio del concubinato; el poder absoluto del jefe de familia, y los vínculos ficticios, más que los de sangre, como base de la asociación doméstica. Los hijos tienen una condición bastante insegura, en razón de la necesidad de perpetuar el nombre y culto de los lares. Adquiriendo por lo tanto, los hijos naturales una condición desventajosa frente a los hijos legítimos.

1.2.2. Egipto

Tanto los historiadores antiguos como los modernos, han discutido con relación a la familia egipcia, ya que es una institución extraña y completamente distinta de cualquier otra familia histórica.

Dentro de sus costumbres se estableció como ley, tomar como esposas a sus propias hermanas porque esto le había resultado perfectamente entre ellos a Isis, de aquí

provino el que se diera mas poder y menos honor a la reina que al rey, y en los contratos mortales estipulados entre los particulares, se daba a la mujer el imperio sobre el hombre, y los maridos declaraban que obedecerían en todo a las mujeres. Las mujeres eran quienes ejercían el comercio, mientras que los hombres se quedaban en casa a realizar labores de las llamadas actualmente domésticas, en otras palabras **“los hombres allí llevan los pesos sobre la cabeza, mientras que las mujeres los llevan sobre los hombros”**.⁸

Los hijos varones no estaban obligados a alimentar a sus propios padres, por el contrario, las hijas son las que tenían esta obligación. Algunos autores modernos apoyándose en lo anterior, han exagerado la importancia de la mujer en la familia egipcia hasta llegar a decir que la función natural de los sexos, por una anomalía de la casualidad, estaba en Egipto completamente invertida, y que el hombre frente a la mujer era un ser despreciable.

Sin embargo, un estudio mas a fondo, demuestra que la familia egipcia, por ser la más antigua que nos presenta la historia, es la que más se reciente del antiguo matriarcado, dentro de esta afirmación se encuentran autores como Bachoffen, Stuart Miller, Esmein entre otros.

En efecto, se hace notar que dentro de la familia egipcia existen muchos rasgos de la antigua familia matriarcal, ya que desde tiempos inmemoriales, se practicaba el matrimonio entre hermanos y hermanas. La autoridad de la mujer en la familia prueba que el vínculo de paternidad no había sido nunca muy firme, y por consecuencia la representación en la familia le correspondía a la madre y después a la hija mayor, mientras que a los varones se les impedía el ejercicio de sus ocupaciones y se ausentaban de la familia frecuentemente, quedando naturalmente encomendada a la madre. Al parecer lo que se menciona respecto de

⁸AGUANNO, JOSE, Génesis y Evolución del Derecho, Edit. Impulso, Argentina. 1973, pág. 276.

los maridos que se quedaban en casa y que prometían obediencia a sus mujeres son totalmente exageraciones.

Se conocían tres clases de matrimonios: uno servil, del que se ha hablado anteriormente; otro en el cual se establecía una igualdad de derechos y una cierta comunidad en los bienes de los cónyuges, semejante al romano **per confarreationem**; y el que se fundaba sobre cierta dote o donación nupcial que el marido hacía a la mujer. Como se encontraba permitida la poligamia, no existía distinción entre los hijos nacidos de las diversas uniones.

1.2.3. Persia.

Aquí ya se encuentra a la familia constituida frente al Estado, sobre el tipo patriarcal, o sea, con una especie de poder absoluto en el jefe de la misma. "En el libro de Ester se lee que el Rey Asuero escribió cartas a todas las provincias de su imperio en diferentes lenguas y caracteres, a fin de que fuesen leídas y entendidas en todas las naciones, diciendo que los maridos son príncipes y superiores dentro de sus casas".⁹

Dentro de este tipo de familia, se encontraba el derecho de repudiar a las mujeres cuando fuera conveniente, así como la poligamia. Esta a su vez era muy restringida y solo se permitía en el caso de que la primer esposa fuese estéril; sin embargo el concubinato estaba muy en boga.

La familia persa según el escritor Daresté la describe así: "Una mujer legítima que había sido comprada a sus padres; al lado de ella, un número mayor o menor de concubinas,

⁹ D'AGUANNO, JOSE, Ob. Cit. p.p. 278.

según la fortuna del jefe de familia, y sobre todos, este jefe, el cual tenía el derecho de vida y muerte sobre la mujer, sobre las concubinas y sobre los hijos.”

En el Zendavesta hay exhortaciones para el matrimonio, pero no se permite la unión con un infiel o con una mujer de malas costumbres.

1.2.4. India.

La unidad social de mayor importancia es la familia, a veces comprende hasta cuatro generaciones en forma patriarcal; el progenitor más anciano es la cabeza de la familia.

La mayoría de las familias hindúes están centradas alrededor del varón. Conserva la familia a sus dioses particulares y reconoce siempre su lugar de origen.

Sin embargo, los testimonios mas antiguos que se han encontrado, se refieren a una época de comunidad de mujeres y de matriarquía. El Mahabarata habla de la promiscuidad como una costumbre admitida y antiquísima. En un tiempo era un deber que el esposo fuera infiel, y las hembras de todas clases son comunes, comparándolas con los animales (vacas).

En un principio el matrimonio se realizaba por raptó o compra y era poligámico, aunque después existió una restricción.

En el Código de Manú existen rastros de estas costumbres, que por lo general son reprobadas.

Asimismo, se distinguen ocho clases de matrimonios, mismos que se refieren textualmente: " Cuando un padre después de haber dado a su hija un vestido y ornamentos, se la concede a un hombre versado en la Sagrada Escritura y virtuoso, el cual invito

espontáneamente y al cual recibió con honor, este matrimonio legal es el de Brahma. El modo llamado divino por los magos es aquel según el cual, después de haber comenzado a celebrarse un sacrificio, el padre adoma a su hija y se la concede al sacrificador. Cuando un padre concede, según las reglas, a su hija después de haber recibido del aspirante una vaca y un toro o dos parejas semejantes para celebrar una ceremonia religiosa, esta se llama la manera de los santos. Cuando un padre casa a su hija con los debidos honores, diciendo: Cumplid juntamente los deberes prescritos, esta es la manera de las criaturas. Si el novio recibe de buen grado a una joven haciendo regalos a esta y a sus padres, según sus facultades, este se llama el matrimonio de los malos demonios. La unión de una joven y de un joven por mutuo voto, se llama matrimonio de los músicos celestiales; nacida del deseo busca los placeres del amor. Cuando por la fuerza se arranca de la casa paterna a una joven que pide socorro y llora, después de haber muerto o herido a quien hiciese la oposición y después de haber roto las paredes, este matrimonio se llama de los gigantes. Cuando un amante entra secretamente en casa de una dormida, o borracha, o sin sentido, este matrimonio se llama de los vampiros".¹⁰

Se dice que los primeros seis matrimonios son permitidos al Brahamán, y los cuatro últimos al Katria; así como al vasia y al sudra, excepto el matrimonio de los gigantes. Entre los cinco últimos, tres son considerados como legales y dos como ilegales, y se aconsejaba que no se practicara el de los vampiros y el de los malos demonios. El matrimonio por raptó violento, aún existiendo muerte de personas y con roturas de paredes, no era solamente tolerado sino que se aconsejaba.

Con lo anterior, se deduce que la condición de la mujer debió ser muy humilde, situación que se confirma en el mismo Código de Manú, donde se estipula que una mujer virtuosa, aunque su esposo tenga mala conducta, se entregue a otros amores, o no tenga

¹⁰ Manú, III, 27-34, citado por D'AGUANNO, JOSE, Ob. Cit. p.p.280.

mérito alguno, debía considerarlo como a un Dios. El matrimonio es un negocio que se realizaba por los padres de la esposa sin considerar las inclinaciones de esta y sin preocuparse de su pubertad. El marido solo tiene el deber de mantener a la mujer, de no olvidarla, de prestarla el débito conyugal, y en cambio tiene sobre ella todos los derechos. El marido adquiere todo para él, sin que la mujer pueda adquirir nada para sí.

En cuanto a los hijos, a pesar del absolutismo doméstico, al parecer eran tratados con muchas consideraciones para que continuaran el culto de los lares domésticos, porque se prescribía que aquél que no dejara un heredero legítimo no puede tener abiertas las puertas del cielo. Esta creencia donde la mujer cuando pare un hijo varón, gana el cielo para su esposo y para los antepasados de éste, produjo costumbres como la de repudiar a la mujer infecunda; permitir que cuando no se tienen hijos se obtenga la descendencia que se desea uniendo la esposa con el hermano o con otro pariente, y por último, el que tenía solo hijas podía autorizarlas para parir un hijo, uniéndose con quien mejor les pareciera, y el hijo pertenecería después al abuelo. Solo se distinguían unos hijos de otros según hubiesen nacido de una brahmina, de una katria, de una vasia o de una sudra, sin que se especifique alguna distinción entre los hijos legítimos y los naturales.

1.2.5. Pueblo hebreo.

La familia hebrea también se encontraba constituida sobre la forma patriarcal, aunque en los últimos tiempos presenta un gran progreso con relación a la familia india.

Estaba en vigor la poligamia y el concubinato, existiendo un horror al adulterio, que ya no se permitía la cesión de la mujer a un hermano y mucho menos a un extraño, con el fin de parir un hijo. También aquí sigue siendo la descendencia como un deber sagrado, y para

continuarla se recurría a otro medio. La mujer de aquél que había podido tener algún hijo era entregada, después de la muerte del primero, a su hermano, el cual tenía el deber de dar una posteridad al difunto, para que su nombre siguiera enumerándose entre los hijos de Israel. Si no cumplía con este deber, era excluido de la herencia, la cual se entregaba a un pariente más lejano, a quien, con la sucesión, pertenecía la mano de la viuda. Esta costumbre se llama levirato. Si el difunto no dejaba más que una hija, el esposo de ésta, al cual pertenecía el suegro, tenía el deber de dar una posteridad al difunto, haciendo que su primer hijo llevase el nombre de éste.

Se aconsejaba al jefe de la tribu, que no tuviera muchas mujeres, aunque el ejemplo del más piadoso de los reyes de Israel demuestra claramente que esa prescripción no se cumplió jamás.

El repudio de la mujer era admitido, sin embargo no se acostumbraba que el marido redactara la carta de divorcio en donde debía manifestar la razón de la separación. La mujer hebrea tenía una cierta dignidad dentro de la familia. Aunque Moisés conminaba a aquellos que causarían alguna ofensa corporal a las mujeres o sedujesen a una virgen, o maldijesen a su madre, existía la reciprocidad de los deberes entre marido y mujer, que viene a demostrar que no eran consideradas como esclavas, sino que se prescribía, cuando la esclava había sido concubina del dueño, tenía derecho a la libertad.

La autoridad del padre sobre sus hijos era muy grande, pues existían los frecuentes juicios sumarios contra los hijos que no querían escuchar la voz de su padre, así también, el padre tenía el derecho de vender a sus hijos o entregarlos en holocausto al señor.

Antes de Moisés ya había avanzado bastante la civilización, así como el respeto al sexo femenino, para que la venta de las jóvenes a sus maridos se considerara como una

inconveniencia moral, sentida y lamentada, lo anterior se encuentra en los conocidos lamentos de las hijas de Laban.¹¹

Se hace notar también que por lo anterior, en los tiempos posteriores solo debió quedar el precio de la virginidad (mohar), que se daba a la mujer, y los regalos que se hacían a la familia de ésta. La religión impulsaba a los hebreos a una fraternidad que debería refrenar mucho el absolutismo del jefe de familia. La familia tenía una vida activa y laboriosa, y los miembros de ella tenían deberes y así se preparaba para adquirir la forma elevada que adquiere bajo el influjo del cristianismo.

1.2.6. Grecia.

Como en todos los Estados antiguos, existen vestigios de una promiscuidad primitiva, y por consecuencia la poligamia. Los griegos vivían en un principio en la promiscuidad, y Cecrops, proscrito del Egipto, fue el que instituyó el matrimonio, asegura Varrón, citado por San Agustín.

Al parecer en una época posterior, el concubinato estaba muy extendido, según se deduce de los poemas de Homero.

Los guerreros hacían botín de esclavas para el servicio del lecho. Las cortesanas eran muy estimadas, y Sócrates les daba públicamente consejos para que se condujeran bien en su honrado oficio, cabe mencionar que lo anterior no era mas extraño que las relaciones

¹¹ Génesis, XXXI, 15-16.

que existieron realmente entre Sócrates y la cortesana Teodota. Lo que prueba que los hombres, por eminentes que sean no se abstraen a las costumbres de su tiempo.

En la Grecia histórica existían tres categorías de mujeres: las mujeres destinadas a la procreación de los hijos y a los cuidados de la casa, las hetairas para el placer, y las cortesanas para el servicio diario del cuerpo. Las concubinas se distinguían de las hetairas, porque eran de ordinario esclavas domésticas, mientras que las segundas eran mujeres libres que vivían con independencia, pero estas dos clases servían en sustancia para los mismos fines, y eran la vergüenza y tormento de las esposas.

En Esparta, el matrimonio se celebraba cuando la mujer era robada en un principio realmente y después solo de una manera simbólica. Otras veces el marido elegía entre varias mujeres colocadas en la oscuridad aquella que debía convertirse en su esposa; de lo que se deduce que la condición de la mujer debió ser bastante infeliz. La mujer estaba encerrada en el gineceo doméstico, donde permanecía oculta a las miradas de todos. El marido tenía derechos exagerados sobre la esposa. Licurgo autorizó a los maridos para que entregaran sus esposas a los amigos que lo merecieran, sobre todo si el marido era viejo y el otro joven y virtuoso.

En Grecia estaba permitido el divorcio, pero solo a favor del marido, por lo cual usaba y abusaba de él a su capricho. Cuando las mujeres comenzaron a tener riquezas, fue cuando se les tuvieron ciertas consideraciones. Los maridos entonces tomaban como mujeres a las herederas de una buena dote, aunque después se viesan obligados a tolerar las licencias de aquellas, según lo describen los comediógrafos griegos.

La autoridad del jefe de familia sobre los miembros que la componen era muy grande. El padre era el jefe de la religión doméstica, gozando de un poder absoluto. Al nacer un hijo

puede no reconocerlo, o matarlo, pues la filiación no bastaba para entrar en el sagrado círculo de la familia, siendo necesario el consentimiento del jefe y la iniciación en el culto.

También el padre podía vender a sus hijos cuando le pareciera. Podía repudiar a su mujer a causa de su esterilidad, para que no se extinguiera la familia o por causa de adulterio.

Podía excluir al hijo de la familia y del inculto, podía reglar el matrimonio de con hijos, podía introducir a un extraño entre los miembros de la familia. En un principio la propiedad se consideraba que pertenecía al jefe de familia, pero con la obligación de no enajenarla, para que pasara íntegra a los descendientes. Todo lo que la mujer adquiría durante el matrimonio jamás pertenecería al marido, así como la dote de la misma, también las adquisiciones de los hijos pasaban al padre y por último, al establecerse la monogamia, los hijos naturales comenzaron a ser más considerados.

CAPITULO II.

LA FAMILIA EN ROMA.

2.1. **Carácter y evolución histórica de la familia romana.**

La forma más elemental de la familia la ha constituido la convivencia de los hijos con el padre para los fines más elementales de la vida, es decir, para los de la nutrición y después para la asistencia y los cuidados mutuos. Esta es la primera forma que se presenta en el reino animal, pues el afecto materno es el que primero aparece.

La creación de la familia, es la causa y efecto del desarrollo de los sentimientos afectivos y en general puede decirse que cuando más son elevadas las facultades intelectuales y afectivas, tanto mejor organizada y más duradera es la familia.

El sentido afectivo paterno es menos intenso que el materno; por que sí bien se deriva de la satisfacción individual que se experimenta en socorrer a los débiles, de la conmiseración, de una cierta necesidad de yugo, y, finalmente, de una cierta atracción confusa e indeterminada, debido a la identidad de la sangre, sin embargo, no es posible admitir que el macho conciba desde un principio que la prole forma parte de su propio cuerpo.

Cuando el varón aparece en la familia, esta se hallaba ya constituida en la base materna, y por consiguiente, la familia no hace otra cosa mas que adquirir la verdadera forma que le corresponde.

La sociedad paterna es la última que aparece en el proceso social, por un lado el sentimiento paterno es el último de los sentimientos psicológicos domésticos que hace su aparición y por otro, la familia paterna nace de un período bastante adelantado de la vida de la sociedad.

El derecho que viene a reconocer las formas naturales de convivencia social y las relaciones ético – orgánicas que se constituyen entre los individuos, reconoce también la existencia jurídica de la familia materna, cuando esta es la forma de asociación doméstica compatible con el carácter social, y la familia paterna, cuando el desarrollo psicológico y las condiciones sociales permiten una existencia permanente de la misma.

La familia paterna adquiere una mayor cohesión de día en día; lo cual significa desarrollo, tanto en el orden psicológico como en el social. Ya que ni en el orden psicológico, ni el sociológico encuentra otra forma de sociedad doméstica.

En cuanto a las demás relaciones de parentesco, todavía tiene que realizarse un importante progreso. Mientras la autoridad del padre de familia sea tal que absorba cualquier otra autoridad, su absolutismo impide que se realice un verdadero fraccionamiento entre los miembros de aquella cuando a su vez se conviertan en jefes de nuevas familias.

La sociedad va haciéndose un organismo cada vez mas complicado, en el cual cada célula orgánica tiene una vida propia y puede satisfacer sus necesidades. Y en esta evolución, el derecho viene a reconocer las formas que naturalmente se han ido formando y fortalecen cada vez más los vínculos domésticos y sociales.

También podemos decir que la vida del hombre primitivo era una lucha continua y feroz. En este primer período de la existencia humana, aunque era necesaria una cierta cooperación y prestación de servicios mutuos para la coexistencia de aquella rudimentaria

agregación social, la verdad es que sentimientos afectivos, tal y como nosotros los concebimos no podían existir.

La familia encuentra sus orígenes en la horda, definida por Agramonte como "la forma mas simple de sociedad, porque no contienen grupos sino que se descompone en individuos, que iguales entre iguales, van errabundos y misérrimos; siendo el jefe, el individuo más apto en un momento dado, para una determinada empresa".¹²

La horda es el conjunto de personas, formado por familias, que no tenían una vida organizada, sin permanencia fija, con excepción de que se llegaran a asentar en un terreno fértil.

Tenían un espíritu pacifista y procuraban mantenerse los mas aislados posible, dentro de esta organización existía una promiscuidad primitiva, la cual con el paso del tiempo tuvo sus limitaciones, por ejemplo la abstención de relaciones sexuales durante la pubertad y la vejez, estas prohibiciones intentaban el enriquecimiento fisiológico de la horda y por otro lado su permanencia y expansión. Se llamaba matrimonio endogámico en donde se unían hermanos y hermanas, por lo que se hacía el círculo mas cerrado, pues no era posible la entrada de otra sangre.

Con el aumento de este tipo de uniones consanguíneas, nace una nueva organización que se le llama CLAN, en donde la mujer es propietaria del suelo y en torno a ella gira esta nueva organización.

En la época prehistórica, la familia romana era completamente monogámica, teniendo las siguientes características:

¹² AGRAMONTE ROBERTO, Estudios de Sociología, Porrúa, México, 1976, pág. 466.

- “ Tanto en su estructura, como en su función, nació y se desarrollo para fines de orden y defensa social. Era por consiguiente una institución política.
- Se constituía como un organismo compacto e independiente frente a los otros grupos de familias y frente a la organización estatal. Era por consiguiente institución autónoma.
- El vínculo fundamental no estaba determinado por la sangre (cognación), sino por la sujeción a un mismo jefe, lo que establecía el parentesco de tipo agnaticio.
- La máxima autoridad dentro del núcleo familiar fue el pater familias, jefe único, supremo juez y sacerdote con poderes ilimitados sobre todos los miembros de la misma, que llegaban hasta el *ius vitae necisque*.¹³ Dicha potestad fue en un principio la *manus* y ejercía indistintamente sobre la mujer los hijos, las nueras, los demás descendientes, los esclavos y las cosas. Posteriormente se fue desmembrando en varias potestades: La *manus* para la mujer y las nueras; la *patria potestas* sobre los hijos y demás descendientes; la *dominica potestas* sobre los esclavos y el *mancipium* sobre los *dati in nexi*, *in noxa* o *in mancipium*, así como sobre los bienes que integraban el patrimonio familiar. Solo pertenecían a la familia los descendientes por línea paterna, por consiguiente, era patriarcal”.¹⁴

La formación de la familia no presupone necesariamente la de la sociedad, como tampoco la formación de un primer bosquejo de sociedad no implica coexistencia de la familia. Al formarse la horda humana primitiva no pudo disolverse la familia, en el supuesto de que ya existiese.

Supongamos que la primera sociedad se hubiese originado por el desarrollo de una sola familia. En estas condiciones, los lazos de parentesco no podían seguir unidos

¹³ Era el derecho de dar vida y muerte a todos los integrantes de la *domus* y es el origen del ilimitado poder que ejercía el pater familias.

¹⁴ BERNAL BEATRIZ y LEDESMA JOSE DE JESUS, Ob. Cit. p.p. 66-67.

bajo la dependencia de la madre o de entre ambos padres a los hijos que hubieren nacido de su unión.

Por tanto cuando estos hijos y sus descendientes comenzaron a estar unidos, no fueron engendrados por la necesidad sexual, ni por el afecto que existe en el parentesco, si no por las ventajas que habían experimentado, como las proporcionadas por la vida en común y las relaciones de afecto que se establecían. Esta fusión tenía que romper necesariamente los vínculos sociales que antes pudieron quizá predominar. Por otra parte si los afectos domésticos¹⁵ comienzan de nuevo a predominar después de que los vínculos sociales se hayan fortalecido bastante, la sociedad, naturalmente, se disuelve, por que cuando cada hombre sienta necesidad de tener para sí solo una o más mujeres, vendrán a producirse los celos y como consecuencia, la disolución del nuevo grupo social, el cual no esta todavía formado para poder resistir dentro de su propio seno la formación de las nuevas familias, porque no puede existir el respeto a la mujer ajena.

La familia en el sentido en que nosotros damos a esta palabra, no podía existir, por tanto, no se conocían los afectos domésticos. La sociedad conyugal debía durar los momentos de la unión sexual, y el parentesco no podía ser otro que el materno, el cual duraba el tiempo necesario para la lactancia y para prestar los primeros cuidados a la prole. Los hijos debían criarse en común.

“Bachofen, sostiene que al desear las mujeres salir del estado de depresión en el que se encontraban a causa de la promiscuidad primitiva, se revelaron, estableciendo una sociedad familiar en la cual la supremacía correspondiese a la mujer y la descendencia se regulase sobre la base materna”.¹⁶ Podemos mencionar que de aquí nace la familia encabezada por la madre, que en su momento constituye la matriarquía.

¹⁵ Debe entenderse por este término, a los sentimientos derivados del parentesco.

¹⁶ D'AGUANNO JOSE, Ob. Cit. p.p. 259.

La consolidación creciente de la familia materna debió producir como consecuencia, al final de los tiempos cuaternarios, una transformación en la sociedad primitiva; por cuanto la unión de los vínculos que ligaban a la madre con sus hijos, debía hacer que estos últimos no se separasen del grupo materno sino en edad cada vez más adulta; y la sociedad entera tenía que sufrir a su vez esta lenta transformación, esta integración progresiva de sus miembros, estas agrupaciones que aseguraban cada vez mas la necesidad de la convivencia y desarrollaban el trabajo, por que tenían otro motivo, que era el afecto doméstico.

La familia, por tanto, iba aumentando en su unión y desarrollo, hasta que llegó a formar una verdadera sociedad que, gracias a los vínculos más sólidos que la rodeaban y la estrechaban, hubo de distinguirse de aquella sociedad mas basta cuyos vínculos sociales eran débiles; y esta nueva sociedad debió ser más orgánica, porque se fundaba en los vínculos de la sangre, y tenía a su cabeza a la madre anciana. Es aquí cuando se constituye la matriarquía propiamente dicha.

La existencia del matriarcado como forma primitiva de la constitución de la familia y de la sociedad nos la confirman numerosos vestigios que se encuentran en los albores de los tiempos históricos, bajo las manifestaciones de mitos, leyendas y de costumbres practicadas desde tiempo inmemorial. En Egipto, que es la más antigua de las naciones históricas, encontramos muchos rastros de la matriarquía. El culto más antiguo que se conocía era el de Isis, la diosa de la maternidad, la gran madre, el principio de todas las cosas.

No se puede calcular ni siquiera por aproximación el largo período del matriarcado; pero lo cierto es que fue poco a poco desapareciendo con las profundas transformaciones que los tiempos geológicos trajeron consigo.

El inmenso desarrollo de la industria, el establecimiento del trabajo agrícola, la domesticación de los animales, la construcción de habitaciones permanentes, todo esto tuvo

que contribuir a estrechar más los vínculos de la unión conyugal; así como por otro lado, cuando se desarrolló el sentimiento de la propiedad, debió también desarrollarse el de la posesión de una o más mujeres.

Ahora bien, ya que tratamos el aspecto general del carácter y evolución de la familia, entonces podremos entender más fácilmente el surgimiento de la familia romana específicamente, encontrando que a la caída de la monarquía, surge la República romana, en donde se aminora la rivalidad entre los dos grupos étnicos existentes, que eran los patricios y plebeyos, ambos contaban con familias ricas, pero los patricios eran los que manejaban el poder estatal.

Una de las diferencias importantes entre estos dos grupos étnicos, era la prohibición del matrimonio, establecida en las Doce Tabas, y poco después revocada por la Lex Camuleya de 445 a.C.

La familia romana primitiva aparece como una organización especial, ya que se basa en el poder absoluto del paterfamilias y el parentesco agnaticio, que era el derivado del "vínculo que unía a las personas libres de la familia y dependía del común sometimiento a la autoridad del jefe".¹⁷

Por otro lado, Ulpiano define a la familia en la siguiente forma "*iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae.* (Por derecho propio llamamos familia al conjunto de personas que por naturaleza o por derecho, están bajo una misma potestad)"¹⁸ Esta unidad real de la familia, fundada en la

¹⁷ HERMOSA BLAS, Derecho Romano, Edit. Litocolor, Paraguay. 1980, Pág. 409-410.

¹⁸ DIGESTO, 50, 16, 195, 2., citado por JUAN IGLESIAS, Derecho Romano, 5ª ed, Edit. Ariel, Barcelona. 1965, Pág. 504.

sujeción a la potestad de un paterfamilias viviente, se rompe en época histórica, dando lugar a la formación de otras tantas familias cuantos son los hijos varones. Las mujeres, o pertenecen a la familia del marido, o están sometidas a la potestad del pater. Aún muerto el pater, se sigue conservando el vínculo agnaticio, entre todos los que se encontraban bajo la misma autoridad. “Los agnados constituyen la familia *communi iure dicta*, de la cual dice el propio Ulpiano lo siguiente: *Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam et si patre familias mortuos singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestáte fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.* (Por derecho común llamamos familia a la formada por todos los agnados, porque, aunque al morir el cabeza de familia, cada uno tiene familia propia, todos los que estuvieron sometidos a la misma potestad serán propiamente considerados de la misma familia, pues proceden de igual casa y estirpe)”¹⁹

Con lo anterior, es importante conocer como surgió la distinción entre familia *communi iure* y familia *propio iure dicta*. Teniendo que remontamos a los orígenes precívicos, confirmando la idea de que el grupo agnaticio coincide con la gens. Por otro lado, la familia primitiva estaba compuesta por todos los agnados, y que por razones de orden y de defensa, o sea, razones superiores a las simplemente domésticas, impusieran a la que después se llamó *Familia communi iure* la conservación íntegra de su propia unidad política a la muerte del jefe, bajo el mando de otro jefe designado por el predecesor. Después las civitas asumen las funciones políticas fundamentales de orden y de defensa, entrando en descomposición la unidad sólida del grupo familiar. La familia se disgrega en tantos grupos cuantos son los filifamilias - sometido a la potestad de un pater - inmediatamente sujetos a la potestad del jefe muerto, siendo otorgada a éstos el poder de conservar indiviso el patrimonio familiar, en el

¹⁹ DIGESTO.50,16,195,2., citado por JUAN IGLESIAS, Derecho Romano, Ob Cit. p.p. 499-500

régimen de *consortium*. La gradual separación de la *familia communi iure*, trae como consecuencia la formación y fortaleza de la *familia proprio iure*, de forma más reciente.

Cabe mencionar que el sistema jurídico romano surge como manifestación de una sensibilidad política, establecida en la estructura y en la vida de los grupos sociales primitivos, ordenados para el cumplimiento de fines de orden y de defensa, es decir en orden a la concepción de la familia romana primitiva como institución política, prevaleciendo el carácter dominante institucional de la potestad del pater familias, la unión de éste a un mundo de creencias heredadas, la carga de deber que acompaña el poder mismo.²⁰

Siguiendo este orden de ideas, podemos concluir que el sistema patriarcal ha tomado fuerza y no se puede negar que predominó sobre el matriarcado, organizándose la familia romana con un régimen patriarcal monogámico.

Se puede decir que la creación de la familia romana se estimaba como una unidad religiosa en primer lugar, más que política, económica y social. Siendo una sociedad doméstica, pues no estaba dentro del Estado, sino en cierta forma frente a éste. Con el tiempo fue evolucionando el Estado y por lo tanto, absorbió a todos los grupos que constituían sus comunidades familiares, para integrarse al Estado.

En el Derecho Romano se encuentra que la familia llamada *domus*, tiene su origen en la gens que constituye una sociedad religiosa, con culto propio y sus fiestas particulares, *Sacra Privata* (sobre los cuales los pontífices de la ciudad no tienen más derecho que el de supervisión).

²⁰ IGLESIAS JUAN, Derecho Romano, Ob. Cit. p.p. 504-505.

2.2. El Parentesco en Roma.

Para poder entender como se conformaba el matrimonio y su integración en el Derecho de Familia, tenemos que entrar al estudio del parentesco. Como ya hemos hablado anteriormente, el matriarcado fue un gran descubrimiento y por lo tanto tuvo gran relevancia dentro de la familia, pues a lo largo del desarrollo social de nuestra historia se ha confirmado que existieron etapas durante las cuales las mujeres sedentarias y entregadas a la agricultura dominaban en la comunidad. Ellas manejaban el culto, solamente ellas podían tener propiedades.

Por otro lado los hombres llevaban una vida errática en las selvas dedicados a la caza. Por lo tanto, el hogar se formó alrededor de la madre, ya que era polo de estabilidad en la vida familiar y el parentesco se establecía solo por la línea materna. Dos hermanos nacidos de un mismo padre pero de madres distintas no eran parientes. El padre y los ascendientes de éste no pertenecían a la familia del hijo.

Ante este descubrimiento, la primera reacción fue pensar que, íntegramente en los pueblos, había existido una misma secuencia de fases: en primer lugar, una vida nómada, donde dominaba el hombre; luego otra fase, donde existe una parcial vida sedentaria, en donde la mujer fue el centro de la comunidad, y por último, cuando la técnica sobresale sobre la magia, nace nuevamente el predominio del hombre.

Esta secuencia para algunos pueblos es probable. Pero por otra parte, parece que las fuerzas que han llevado a la historia humana han tenido demasiada fantasía como para dejarse encerrar en éste esquema. Así tenemos que el matriarcado, que tiene claros rasgos de la cultura etrusca, era completamente extraño al ambiente ario, y, por consecuencia a la prehistoria jurídica romana.

En el derecho romano encontramos, desde sus inicios, un sistema totalmente patriarcal; solo cuenta el parentesco por línea paterna. A consecuencia de esto, cada persona tiene solo dos abuelos: los paternos. Dos hermanos uterinos no son - hermanos -; en cambio, los hermanos consanguíneos no se distinguen jurídicamente de los hermanos por ambas líneas, etc.²¹

Etimológicamente, Parentesco proviene "del latín popular *parentatus, de parens, pariente*".²² Y jurídicamente, el parentesco "Es la relación jurídica que se establece entre los sujetos ligados por la consanguinidad, la afinidad o la adopción".²³ Es menester aclarar que en la actualidad, la ley solo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil, entendiéndose este último, como aquél que nace de la adopción.²⁴

Cabe mencionar que la afinidad no tuvo gran relevancia en el derecho romano, ya que solo se le tomaba en cuenta para efectos de establecer los impedimentos matrimoniales.

Solo diremos que la afinidad es un vínculo que se establece entre uno de los cónyuges y los parientes del otro, Con esto se crea una relación semejante al parentesco pero no existe grado alguno.

Ahora veremos las clases de Parentesco que existían en Roma.

²¹ MARGADANT, GUILERMO F, Ob. Cit. p.p. 195.

²² MONTERO DUHALT, SARA, Derecho de Familia, 5ª. Ed., Ed. Porrúa, S.A., México, 1992, pág. 45.

²³ IDEM.

²⁴ Artículos 292 y 295, Código Civil, Ed. Sista, México, D.F.

2.2.1. Agnados.

Si decimos que el Parentesco es la relación que unía a las personas que tienen un tronco común, el vínculo entre personas que son o se supone que son de un mismo origen. Este vínculo, en la antigüedad, era extraño al que se deriva de la sangre. En Roma el vínculo que unía a las personas libres de la familia y que dependía del común sometimiento a la autoridad del jefe, se conocía como "agnación".

Este tipo de parentesco se conservó mientras la familia romana no perdió los fundamentos de su organización primitiva, teniendo que ceder cuando el elemento natural comenzó a marcar al grupo familiar con perfiles diferentes.²⁵

Es decir, Agnatio, es el vínculo jurídico que une a los parientes por línea masculina, o sea, a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo paterfamilias, o que se encontrarían si éste no hubiera fallecido.

2.2.2. Cognados

Se llama Cognación ó Cognatio, al vínculo de sangre que une a las personas descendientes de un tronco común. Se puede dar en la línea masculina como en la femenina. No se puede precisar con certeza cual es su verdadero origen, ni el momento exacto de su aparición, en virtud de que ya en el derecho civil se encuentran raíces de tal tipo de parentesco. Por ejemplo, respecto a los impedimentos matrimoniales se tomaba en cuenta el parentesco por cognación.

²⁵ HERMOSA BLAS, Ob. Cit. p.p. 409-411-

Pero no hay duda de que fue el Pretor el que dio entrada y destinó los principios de cognación en materia sucesoria, llamando a los cognados para suceder en algunas condiciones.

Culminando este proceso, en tiempos de Justiniano, con la Novela 118 y 121,^{*} en donde ya no existe rastro alguno de los agnados.

La cognación puede darse por línea recta, cuando las personas descienden unas de otras. La línea recta se divide en descendiente y ascendente, respecto que se baja del tronco a la prole, o suba de ésta al tronco.

También puede ser colateral cuando las personas proceden de un tronco común sin que desciendan las unas de las otras.

2.2.3. Afinidad.

En el derecho romano la afinidad no tuvo gran importancia, ya que solo se le tomaba en cuenta para los efectos de establecer los impedimentos matrimoniales. El matrimonio entre personas comprendidas dentro de la línea recta estaba prohibido. En la línea colateral no estaba permitido el matrimonio entre personas que fueran afines en segundo grado, es decir, los cuñados.

* Las Novelas eran las nuevas o últimas leyes dictadas por los emperadores, poco tiempo después de la publicación de los Códigos. Las Novelas 118 y 121, contienen disposiciones respecto de quienes tienen derecho a heredar conforme a la ley, reconociendo a fondo al pariente consanguíneo.

La afinidad se puede definir como el vínculo establecido entre uno de los cónyuges y los parientes del otro. Se crea una relación semejante al parentesco pero sin que exista grado alguno.

Para medir este tipo de parentesco se utilizan generalmente las reglas del parentesco natural. Existe en línea recta, cuando se trata de yernos y suegros, y en la línea colateral cuando se trata de cuñados.

En otras palabras, se puede decir que en la línea y en el grado en que una persona sea pariente de uno de los cónyuges será afín del otro. Existe una explicación según la cual son afines los cognados del marido y de la mujer y que "se llaman así porque por las nupcias se unen dos cognaciones que son entre sí distintas, aproximándose la una al de la otra".²⁶

2.2.4. De la gens y de los derechos de gentilidad.

Algunos textos antiguos refieren aparte del grupo familiar a otra modalidad de parentesco de agrupación civil, la GENS era una institución primitiva que tiene un origen dudoso, sobre todo respecto a su naturaleza y desarrollo.

Los romanos se encontraban agrupados en **gentes** y a sus miembros se les llamaba **gentiles**, título de nobleza que certificaba la antigüedad e ingenuidad de la raza, tenían cierta relación entre sí, que era fuente de derechos y obligaciones recíprocas, por eso "el título de gentilhome, gentilhombre, gentleman, que ha permanecido en las lenguas modernas de

²⁶ HERMOSA BLAS, Ob. Cit. p.p.413.

Europa para designar lo que se llama una buena extracción, una noble genealogía, una sangre pura. La ley a falta de agnados daba a los gentiles la herencia y la tutela.”²⁷

Se considera a la gens como la familia en un sentido amplio, de origen patricio y se conformaba por el conjunto de agnados con sus mismos derechos, también se dice que la gens estaba formada por un grupo de diez familias, es decir, “no es sino una ancha familia, un agrupamiento, mayor o menor, de comunidades familiares. Lazo de razón política es el que une a los miembros gentilicios bajo la común autoridad del pater gentis.”²⁸ El parentesco gentilicio existía entre lejanos parientes del mismo linaje. Esta forma de organización poco a poco cayó en desuso y al final de la República, ya había desaparecido. El estudio de la gens ha sido limitado en virtud de que no existen datos precisos acerca de esta forma de organización, además de que desapareció muy pronto, por lo que en la actualidad, se han elaborado teorías acerca de su origen y naturaleza, que muchas veces son contradictorias.

Las familias formaban gentes basándose en supuestos orígenes comunes y aduciendo su descendencia de algún dios o héroe. Dichas gentes poseían, respecto de la organización de Roma, un alto grado de independencia. Podían incluso declarar la guerra a los enemigos de Roma. Practicaban una religión propia, se gobernaban por su propia organización, bajo un magister gentis, teniendo sus fiestas propias, con un patrimonio independiente, financiando sus diversiones y ayudaban a sus miembros que caían en desgracia y, tal vez también tenían sus propias normas de derecho privado, hasta el punto de que en tiempos históricos se encuentran algunas diferencias entre gentes diversas con relación a las materias de ese derecho. Ejercían funciones de vigilancia moral, con el objeto de suavizar el enorme poder que el paterfamilias tenía sobre los miembros de su domus.²⁹

²⁷ SAINZ GOMEZ S. JOSE MARIA, *Derecho Romano I*, Noriega Editores, México. 1988, pág. 180.

²⁸ IGLESIAS JUAN, *Ob. Cit.* p.p. 11.

²⁹ MARGADANT S, GUILLERMO F, *Ob. Cit.* p.p. 23.

Cita Niebhür y Girard que "que la **gens** era una subdivisión artificial de la curia, llevada a cabo por el legislador. Ihering, Maine y Huvelin, la **gens** es "una agrupación natural de familias que poseen un ascendiente común."³⁰

Bonfante define a la gens "como un núcleo político anterior a la civitas, que fue desmembrándose para dar lugar a la familia como institución autónoma e independiente."³¹

Al existir diversas acepciones acerca de la gens, podemos decir que no era simplemente una agrupación de familias con un antepasado, sino debe considerarse como una unidad política dentro del Estado, quizá anterior a él, que se constituyó como una unidad independiente del mismo y que contaba con una organización interna propia.

Esta organización tenía algunas características como:

- Practicaban su propia religión,
- Se gobernaban en forma independiente,
- Tenían sus propias fiestas,
- Propio patrimonio,
- Regulación normativa propia (principalmente en materia sucesoria y tutelar),
- Llevaban un nombre común (numen gentilicio).

Dentro de esta organización, se cuidaba que el pater familias no aplicara en forma abusiva el *ius vitae necisque*. Se podría asegurar que en el inicio del estado romano, fue conformado por una federación de gentes. Conforme se iba consolidando, se suplantó a la

³⁰ BERNAL, BEATRIZ y LEDESMA, JOSE DE JESUS, Ob. Cit. p.p. 67.

³¹ IDEM. p.p. 67-68.32

gens en muchas funciones, desapareciendo lentamente, hasta llegar a ser una institución pretérita a la luz de la época clásica.

Concluyo diciendo que en Roma sobresalen respecto a las diversas formas de parentesco, la agnación y la gentilidad de derecho quirritario, relacionados al vínculo del poder paterno o marital o vínculo de patronato de emancipados, la *cognatio* de tipo natural, fundada en el vínculo de sangre y la afinidad, que no tenían ningún efecto; y también la *cognatio servilis* respecto de siervos que no tenía ninguna consecuencia jurídica.

2.3. La Patria Potestad

Como ya se ha mencionado anteriormente, una de las características esenciales de la familia romana, era que el **paterfamilias** tenía una potestad original y unitaria. Ese poder, que en un principio fue indivisible, se disgregó con el tiempo a medida que se delinearon nuevas instituciones dentro de la estructura familiar. De ese concepto unitario de la potestad del paterfamilias, surgieron algunas potestades particulares ejercitables sobre diversas categorías de miembros de la primitiva familia, como lo son la *manus*, la *dominica potestas*, el *mancipium* y la patria potestad.

Hay que recordar que la familia romana como organismo político se regía por un jefe con poderes absolutos. Como organismo autónomo, tenía sus *sacra privata*, o sea, un culto especial y por lo tanto un sacerdote; en su seno se producían problemas que debían resolverse conforme a las reglas consagradas por los mores.³²

³² Los mores eran personas mayores que se dedicaban a dar consejos y determinaciones, respecto de alguna controversia.

En otras palabras, el paterfamilias era sacerdote y juez, con facultades amplias. Si el filiusfamilias (hijo) cometía una falta, el pater era el que imponía las penas de cualquier clase, por ejemplo; prisión, corporal, inclusive hasta la muerte; si cometía un delito contra personas extrañas a la familia, el pater podía liberarse de toda responsabilidad entregando al perjudicado el filiusfamilias culpable, (abandono noxal).

Dentro de la familia romana, no se limitaba el poder que ejercía el pater, pues de lo contrario, hubiera significado una violación grave a la autonomía de la familia, afectando al paterfamilias puesto que era la base fundamental de esta y como consecuencia, vendría el derrumbe de la organización familiar.

El ejercicio de la patria potestad, como institución del derecho civil, correspondía al ciudadano romano, que recaía exclusivamente en el jefe de familia, ya que mientras viviera un ascendiente masculino solo él podía ejercer los derechos correspondientes a la patria potestad.

Durante la vida del abuelo, los hijos y nietos se encontraban sometidos a él; en caso de muerte únicamente el padre tomaba su lugar y por ende, le correspondía el ejercicio de la patria potestad. Cuando moría el ascendiente masculino, los filiusfamilias adquirían su autonomía y el estado unitario formado por la familia se dividía en otros estados autónomos con sus respectivos jefes.³³

Respecto de las ideas predominantes en épocas posteriores a la vigencia del derecho romano, la patria potestad se presenta como el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres sobre las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados. Dicho concepto de la patria potestad va perdiendo vigencia, ya que a medida que se consolida la

³³ HERMOSA BLAS, Ob. Cit. p.p. 413-414.

moderna tendencia de progresiva penetración social en el ámbito familiar, la patria potestad, viene siendo un conjunto de deberes u obligaciones que las leyes imponen a los padres para regir las personas y bienes de sus hijos. La idea romana de la patria potestad es completamente diferente a la concepción moderna, pues los romanos organizaron esta institución atendiendo fundamentalmente al interés del padre antes que la defensa y protección de los hijos.

La patria potestad no se extinguía al llegar a la mayoría de edad ni cuando contraían matrimonio. Solo el padre en ejercicio de su poder podía hacer cesar ese vínculo que existía la patria potestas convirtiendo al hijo en sui iuris mediante la emancipación, constituyendo con esto, un acto perjudicial para los hijos desde el momento que les hacía perder los derechos agnaticos y por lo tanto provocando importantes consecuencias en el derecho sucesorio de la antigüedad.

La patria potestad ha sido un elemento común en los pueblos de régimen patriarcal, en donde se encuentran los hebreos, los persas, los galos, entre otros.

Esta institución en su origen, fue un poder establecido en beneficio del padre como ya hemos dicho, durante la fase imperial, se convirtió, en una figura jurídica en la que se encuentran derechos y deberes mutuos. En tiempos de Marco Aurelio, existe un reconocimiento de la existencia en relación padre-hijo, de un recíproco derecho a alimentos.

La excesiva duración de la patria potestad (hasta la muerte del paterfamilias), era un característica típica del derecho romano que el derecho moderno no ha adoptado, esta peculiaridad romana encuentra su fundamento en el ius civile. Sin embargo, en la práctica, el sistema era soportable, cuando menos en los tiempos históricos, por la difundida costumbre

de emancipar a los hijos cuando ellos lo deseaban y también por el sistema de los peculios,³⁴ que los padres solían confiar a sus hijos para que los administraran, quedándose éstos con parte de los beneficios.

2.4. El poder del Pater Familias.

El poder unitario del paterfamilias, la manus, se conforma con varias potestades: "sobre la mujer - manus maritalis o potestas maritalis -; sobre los hijos - potestas o patria potestas -; sobre los esclavos - dominica potestas -, y sobre los hijos de otros entregados en venta al paterfamilias - mancipium".³⁵

El poder del paterfamilias sobre las personas a él sometidas, era absoluto. Respecto a los individuos libres y no libres de la casa, el paterfamilias tenía el derecho de vida y muerte - ius vitae necisque.

Como elemento de la potestas aparece el ius exponendi y el ius vendendi, es decir, los derechos de exponer y de vender a los individuos de la familia. Así mismo, tenía la facultad de liberarse de responsabilidades externas derivadas de los daños - noxia que eran producidos por algún miembro de la casa a otra familia.

El paterfamilias tiene una actuación autónoma en el gobierno de la familia, pero no independiente. Su autonomía no es personal, sino funcional.

Con la intervención estatal sucesiva y junto con las nuevas concepciones sociales, terminó por destruir al viejo mundo de conceptos sobre el que descansaba la familia.

³⁴ El peculio era el pequeño patrimonio que el hijo de familia tenía separadamente de los bienes paternos.

³⁵ IGLESIAS JUAN, Ob. Cit. p.p. 500-501.

En el siglo I de Cristo inicia la intervención legislativa. Trujano obliga a emancipar al filius maltratado por el pater.³⁶ "Adriano castiga con la deportatio in insulam al pater que mata al hijo latronis potius (more) quqm patris iure (más como ladrón que en uso del derecho paterno). El ius vitae et necis, todavía testimoniado por Papiniano, es condenado por la ética cristiana. Constantino hace reo de la pena propia del parricidio - la poena cullei - a quien mata al hijo".³⁷

Justiniano solo permitió la venta del hijo en caso de extrema necesidad, facultando al mismo para recuperar su libertad por medio de oferta al comprador del precio o de otro esclavo.

2.5. Fuentes de la Patria Potestad Romana.

El Derecho Romano reconoce tres fuentes de la Patria Potestad:

1. **Justae Nuptiae.**
2. **Adopción.**
3. **Legitimación.**

1. Las justas nupcias es el matrimonio legítimo que reconoce el jus civile, a diferencia del concubinato que era otra forma de unión, en donde los hijos nacidos de ésta no estaban bajo la patria potestad.

Los romanos para determinar la paternidad determinaron varias reglas de filiación. Por lo que se refiere a la madre no existía duda, pues la filiación se comprobaba a través del

³⁶ D. 37, 12, 5.

³⁷ IGLESIAS, JUAN, Ob. Cit. p.p. 502.

parto. Sin embargo, la paternidad consideraba que los hijos nacidos durante el matrimonio lo eran del marido. Los que nacían fuera del matrimonio eran designados con el nombre de espurios (espurio o vulgo concepti).³⁸

La legitimidad de los hijos en el matrimonio, se determinaba cuando nacían después de 182 días contados desde el inicio de las justas nupcias o dentro de los 300 días contados a partir de su terminación, salvo prueba en contrario a cargo del marido.

El padre debería de demostrar la imposibilidad del contacto carnal con la esposa por impotencia, viaje o estar prisionero, etcétera; si lograba tal demostración el niño se declaraba ilegítimo.

Las pruebas de la filiación se comprobaban así:

- a) Con la inscripción en el Registro de nacimientos, establecido en la época de Augusto.
- b) Con la comprobación de constante posesión del estado legítimo.
- c) La prueba testimonial.

2. **La Adopción** es una institución de derecho civil, por medio de la cual ingresaban a la familia, como un acto solemne, personas ajenas a ella, en calidad de hijos o nietos.

Modestino definió esta institución, indicando que se establecía entre dos personas relaciones análogas a las que crean las justas nupcias entre el hijo y el paterfamilias.

³⁸ SAINZ GOMEZ S, JOSE MARIA, Derecho Romano I, Edit. Limusa, México, 1988, pág. 186.

La figura de la adopción tenía la finalidad de garantizar la perpetuidad de la familia, con el fin de evitar la extinción de la familia civil, ya sea por esterilidad de los cónyuges o por descendencia exclusivamente de tipo femenino.

El adoptado salía de su familia originaria y pasaba a la potestad del paterfamilias adoptante, con todos los derechos que le otorgaba el parentesco agnaticio, pues adquiriría el nombre "y solo conservaba el de su antigua casa, transformándolo en adjetivo, por medio de la terminación ianus; ejemplo: Caesar Octavianus, Cesar Octavio"³⁹ y también la religión de la familia que lo adoptaba, es decir, era un cambio de familia.

En cuanto a su relación con los miembros de su familia natural, el adoptado conservaba exclusivamente los lazos del parentesco cognaticio.

Para Cicerón las adopciones llevaban consigo el derecho de suceder en nombre, bienes y dioses domésticos.

En el Derecho Romano existían dos clases de adopción, la primera si se trataba de una persona alieni juris (adopción) y la segunda era sui juris o paterfamilias (adrogación).

La adrogación consistía en el ingreso de un paterfamilias con todas las personas que se encontraban sometidas a su domus, incluyendo su patrimonio, al poder de otro paterfamilias.

³⁹ **ORTOLAN**, Institutas de Justiniano. P. 131, Citado por Sainz Gomez S, Pág. 188. Op Cit.

Uno de los efectos de la adrogación consistía en que el paterfamilias adoptado perdía su calidad de sui juris al sufrir una capitis deminutio mínima convirtiéndose en alieni juris, formando parte de la familia civil del adrogante, y transmite su patrimonio a ésta.

Justiniano modificó la adopción al implantar algunas condiciones necesarias para adoptar, como lo son:

- Que el adoptante no debería de tener hijos a los que perjudicara la adopción.
- Prohibición de adoptar a los castrados, ni volver a adoptar por segunda vez y por la misma persona, a quien, adoptado primeramente, fue luego emancipado o adoptado por otro.”⁴⁰

3. La legitimación es el procedimiento también reconocido por el derecho civil, por medio del cual un padre adquiría la patria potestad sobre su hijo natural nacido de un concubinato.

Esta figura aparece en la época del Imperio absoluto, por la influencia del cristianismo que con el fin de evitar uniones ilegítimas o extramatrimoniales combatió al concubinato.

Constantino siendo emperador fue el primero en reconocer la legitimación, pero solo la permitía respecto de los hijos naturales y no a los adulterinos que eran los hijos que nacían de una mujer casada y un hombre que no fuera su marido, incestuosos que era aquel que nacía de la unión entre ascendientes y descendientes o entre hermanos o espurios, los cuales eran los nacidos fuera del matrimonio.

⁴⁰ SAINZ GOMEZ S, JOSE MARIA, Ob. Cit. p.p. 190.

Existían tres formas de legitimar:

a) **Por justas nupcias con la madre del hijo.**

Que consistía en tomar a la concubina por esposa, siempre y cuando no existieran impedimentos legales para el cumplimiento de las nupcias y se requería de un acta por escrito, donde se estipulaba la constitución de la dote, para establecer concretamente una justa nupcia.

Para el derecho justiniano se la declaró como una institución jurídica permanente, que se aplicaba no solo a los hijos nacidos ya, sino también a los concebidos.

b) **Legitimación por obligación a la curia.**

Esta forma se daba cuando el padre que carecía de hijos legítimos ofrecía su hijo natural a la curia de su villa natal; cuando era varón, para que fuera decurión, (recaudadores de impuestos) y si era mujer, casándola con un decurión. Su origen lo tiene en la época de los emperadores Teodosio II y Valentino III.

Con el fin de beneficiar el reclutamiento de decuriones, se ofrecía al padre la autoridad paterna sobre el hijo natural que ingresara a la curia. El decurión respondía con sus bienes y requería de una fortuna mobiliaria de 25 fanegas y una dote igual la hija.

b) Rescripto del emperador.

Justiniano determinó que al morir la madre, estar ausente o casada con otro, el padre podía solicitarle al emperador la legitimación de sus hijos naturales. Esta se concedía después de un examen, con el fin de que el padre no tuviera hijos legítimos. Este tipo de legitimación producía plenos efectos y por este conducto se convertía en miembro de la familia del pater, con beneficios de los jus civile que le correspondían.

CAPITULO III.

EL MATRIMONIO.

3.1. Los Esponsales.

El Digesto define a los esponsales como la "petición y promesa de futuras nupcias."⁴¹

Los esponsales era una promesa que hacían los novios o sus paterfamilias respectivos para llevar a cabo la celebración de un futuro matrimonio.

En Derecho arcaico las promesas se hacen mediante **sponsiones**,⁴² de donde proviene sponsalia; sponsus, el novio, y sponsa, la novia.⁴³

En la Monarquía se acostumbraba prometer a la hija en matrimonio, manifestándose dicho compromiso a través de una contrato verbal que se denominaba *sponcio*, que se usaba para perfeccionar la promesa y que no era mas que un juramento que se hacía ante el altar de Hércules.

Al no cumplir alguno de los contrayentes con la promesa contraída, el otro ejercitaba la *actio sponsalicia*, la cual daba lugar a una acción de daños y perjuicios y que se resumía en el pago de una suma de dinero. Pero los romanos al considerar que no se debía obligar a los novios a realizar un matrimonio no deseado por alguno de ellos, determinaron la ineficacia

⁴¹ D. 23, 1, 1.

⁴² D. 23, 1, 2.

⁴³ PADILLA, GUMENSINDO, DERECHO TOMANO I, Edit. Mc. Graw-Hill, México, pág. 55.

jurídica de los esponsales y por consecuencia declararon inaplicable cualquier cláusula en la que se prometiera una suma de dinero a título de pena (*stipulatio poenae*).

En la época clásica era suficiente el simple consentimiento otorgado por las partes para contraer matrimonio, teniendo los esponsales un carácter más social que jurídico, ya que no se obligaba a concluir las bodas ni aceptar ninguna cláusula penal incluida en el *sponcio*.

Respecto a la capacidad de los prometidos, existen los mismos requisitos e impedimentos que en el matrimonio, con excepción de la edad, ya que en el matrimonio es de 12 a 14 años según se trate del sexo y en los esponsales de 7 años y la autorización a la viuda para prometerse antes de terminar su año de luto.

En el Imperio absoluto, se buscó garantizar el cumplimiento de los esponsales, acompañándolos de unas arras, que se les llamaba *arrahae sponsaliciae* y se entregaban mutuamente los novios.

Cuando alguno de los novios se retractaba sin causa justificada, perdía las arras a favor del otro novio y tenía que devolver las que recibió.

Respecto a los regalos y obsequios que solían hacerse los novios (*sponsalicia largitas*) se efectuaban con la condición de que se realizara el matrimonio, por lo que si no se llevaba a cabo el matrimonio había que devolverlos.

Cuando el matrimonio no se realizaba por muerte del novio y los esponsales se hubiera celebrado con la formalidad del beso (ósculo), la novia se obligaba a restituir la mitad de los regalos.

Alguno de los efectos jurídicos de los esponsales era el lazo de cuasi afinidad entre los parientes de los novios que constituía un impedimento de matrimonio, como eran el deber de fidelidad de la novia; la obligación de disolver el vínculo *sponsalicio* antes de prometer otro matrimonio (bajo pena de infamia) y el derecho de perseguir a quien ofendiera a su novia a través de la acción de injurias.

Con la muerte los esponsales eran disueltos, por la *capitis deminutio máxima*, por sobrevenir algún impedimento, por mutuo acuerdo y por último el desistimiento de cualquiera de los novios.

3.2. Formas de uniones duraderas en Roma.

En Roma existían diversas formas de uniones duraderas, que se diferenciaban del matrimonio, cada una de ellas con sus características propias, pues la mujer y el hombre podían vivir juntos siempre y cuando cumplieran con los requisitos primordiales y no cayeran en las prohibiciones que se estipulaban, teniendo como fin único la creación de una familia y lograr su descendencia, y entre esas uniones se encontraban las siguientes:

3.2.1. *Iustae Nuptiae*.

Para el antiguo derecho romano, existen dos formas de matrimonio que de ninguna forma tenían la importancia jurídica que tiene el matrimonio actualmente, las cuales son las Justas Nupcias con amplias consecuencias jurídicas y el Concubinato de consecuencias jurídicas reducidas, las cuales aumentan poco a poco pero no alcanza el nivel del matrimonio justo.

En primer lugar señalaremos que el concepto romano de matrimonio *lustum matrimonium o iustae nuptiae*⁴⁴ es la unión de un hombre (vir) y una mujer (uxor).

Otra definición que da la doctrina dice que “es un acto o hecho jurídico en virtud del cual una mujer, *sui o alieni iuris*, sale de la familia de origen y entra en una nueva familia, en condición de sometida y con la particular función de procrear al jefe de familia o a uno de sus súbditos libres con descendencia legítima”.⁴⁵ Por otro lado, esta concepción es muy distinta a la que existe actualmente en los pueblos de cultura occidental, debido a la influencia del cristianismo.

Viene siendo una institución social que tiene relevancia jurídica consistente en una permanente situación, en un status, es una convivencia de dos personas de sexo distinto con la voluntad de ser marido y mujer, vivir juntos y procrear hijos (*affectio maritalis*), constituyentes de una sociedad doméstica. Además del elemento material, el elemento anímico, la voluntad, no se requiere - como en el derecho moderno - en forma de expresión solemne en un acto inicial del que se originan las consecuencias jurídicas permanentes del estado matrimonial, las que subsisten aunque esa voluntad haya dejado de existir.

Para los romanos esa voluntad permanente, requiere que sea continua, que se manifiesta con el hecho mismo de la convivencia. El matrimonio romano dura precisamente lo que dura esa *affectio maritalis*, cuando falta, se disuelve el matrimonio, pues deja de existir la voluntad de convivir en sociedad doméstica.

⁴⁴ Al parecer las definiciones del matrimonio que aparecen en las Instituciones de Justiniano y el Digesto, han sido manipuladas, pues el matrimonio romano no es indisoluble.

⁴⁵ ARANGIO-RUIZ, VINCENZO, Instituciones de Derecho Romano, Edit. De palma, Buenos Aires, 1966, p.p.487.

Las manifestaciones exteriores de la afectio maritalis son el comportamiento de honorabilidad y respeto recíproco entre los cónyuges (honor matrimonii).⁴⁶

La definición que más alude a la base real de dos personas de diverso sexo con voluntad de total comunión de vida social y espiritual, dada por Modestino: "El matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de su vida y comunicación del derecho divino y humano".⁴⁷ ("*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*").⁴⁸

El novio se puede casar estando ausente, ya sea por medio de cartas o de un representante, la novia forzosamente tiene que estar presente, porque debe ser conducida a la casa del marido, que es el domicilio conyugal. Por lo regular las ceremonias matrimoniales se iniciaban con una cena en la casa de los padres de la novia, en donde el paterfamilias la entregaba al novio.

Posteriormente el cortejo nupcial traslada la novia a la casa del novio (deductio in domum mariti)⁴⁹ ella va velada y una antorcha precede la comitiva que entona cánticos. Al llegar el cortejo a la casa del novio se detiene y para que la joven entrara en la domus, solía simularse un rapto, de forma que el novio la levantaba en brazos, sin que los pies de ella tocaran el umbral de la casa.

La capacidad matrimonial (connubium) es requisito esencial para la celebración de las Iustae Nuptiae. Para tenerla es necesaria la edad púber, para los varones era la edad de

⁴⁶ PADILLA, GUMENSINDO, Ob. Cit . p.p. 56.

⁴⁷ D. 23, 2, 1.

⁴⁸ DI PIETRO ALFREDO – LAPIEZA ELLI ANGEL ENRIQUE, Manual de Derecho Romano, Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1992. Pág. 370.

⁴⁹ D. 23, 2, 5.

14 años y para la mujer de 12 años, según la doctrina proculeyana. Por razones obvias, el *connubium* falta a los castrados, esclavos, a quien se encuentra unido en otro matrimonio y para el derecho justinianeo a quien ha hecho voto de castidad o tomado órdenes mayores. También puede faltar por razones de ciudadanía, pues no existía originariamente sino entre ciudadanos, mejor aún, entre los pertenecientes a la misma clase; y por esto estaba excluido el matrimonio mixto, no sólo entre romanos y extranjeros, sino también entre patricios y plebeyos, a quienes la Ley de las XII Tablas, les prohibía unirse en matrimonio, posteriormente, con la Lex *Canuleya* atribuida al año 445 a.C., fue revocada dicha prohibición. El *connubium* fue ampliamente concedido aun fuera de Roma, ya sea individualmente, sea a ciudades enteras latinas o peregrinas.⁵⁰

El matrimonio romano, tenía las siguientes características:

- a) Es una institución del Derecho Civil, por lo tanto solo puede contraerse entre ciudadanos romanos.
- b) La mujer entra a formar parte de la familia del marido.
- c) Participa de su rango social, de los honores que tenga y de su culto privado.
- d) El marido actúa con la mujer con la autoridad de un padre y pasa a ser propietario de todos los bienes que ella posea, y solo en el matrimonio *cum manu*.

El cristianismo tuvo gran influencia en la institución del matrimonio, pues ayudó a perfeccionar el régimen monogámico, hubo gran disminución en los matrimonios efectuados por acuerdo de los padres, en contra de la voluntad de los hijos, logrando así una gran unificación familiar.

⁵⁰ ARANGIO-RUIZ, VICENZO, Op. Cit. p.p. 494.

3.2.2. Concubinato.

Esta forma de unión duradera en Roma, es una relación y alianza permanente entre personas de distinto sexo, sin la intención de considerarse marido y mujer, es decir, no existía la *afectio maritalis*, esta amplia acepción del nombre del concubinato ha sustituido a una restringidísima, conocida todavía en las leyes matrimoniales de Augusto, para la cual concubina era solamente la liberta que convivía con el patrón.

Existieron diversas uniones en el mundo romano que tuvieron gran difusión, por las prohibiciones que el ordenamiento jurídico decretaba contra ciertos matrimonios, especialmente el de senadores con libertinas. Cuando las disposiciones prohibitivas no se fundaban sobre una grave exigencia moral, la jurisprudencia no consideraba las uniones como reprobables, sino como lícitas con la salvedad de que no producían los efectos del matrimonio, por ejemplo, el hijo nacido de concubinato se mantenía *vulgo conceptis*, y la liberta unida en concubinato con su patrón conservaba la facultad de abandonarlo, libertad que hubiera perdido, en cambio, en el caso de matrimonio. Cabe mencionar que el concubinato con mujer de condición honorable, que la opinión pública condena, seguía siendo *stuprum* tanto como la unión momentánea con ella (hubiese o no violencia), y era, en consecuencia, castigado por la ley *Iulia de adulteriis*.

Al parecer el concubinato en la época clásica no era una institución jurídica, sino un campo en el cual el derecho no intervenía.

En la época posclásica la legislación interviene en esta materia, regulando la posición recíproca de los concubinos, para evitar las consecuencias perjudiciales para la prole.

Especialmente en este ámbito Justiniano decide que los hijos de la concubina (*liberi naturales*) se distinguieron de los *vulgo concepti*, se hacen capaces de legitimación, adquiriendo sin ella algún limitado derecho de sucesión. Por otro lado, queda permitido tener en concubinato a una mujer honesta con tal que esto sea solemnemente declarado y la mujer se resigne a sufrir una disminución en la *existimatio*; y se prohíbe a la liberta concubina abandonar al patrón.

Estas son algunas de las condiciones que se requerían en el concubinato:

- a) Se debería celebrar entre personas con capacidad sexual, siempre y cuando no fueran parientes en el grado que constituyera un impedimento para el matrimonio.
- b) Sólo se deberá tener una concubina.
- c) No estaba permitido cuando existiera esposa legítima.
- d) No se contraía con formalidad alguna, ni intervenía el estado y no requería el consentimiento del paterfamilias.

Con la influencia del Cristianismo surgiría una reacción en contra del concubinato, provocando su desaparición. El emperador Constantino declaró nulas las donaciones y legados efectuados a la concubina y a sus hijos, creando la legitimación de los hijos a través del matrimonio subsecuente.

Justiniano considera al concubinato como una especie de justas nupcias sólo que de rango inferior.

Extiende los requisitos del matrimonio al concubinato, impone la obligación de dar alimentos, conservando la legitimación por matrimonio subsiguiente y concede a la concubina algunos derechos sucesorios. A pesar de los esfuerzos de Justiniano por desaparecer esta figura, no es, sino hasta el siglo IX en el Oriente y el siglo XII en el Occidente, cuando finalmente desapareció como institución legal y tolerada por la iglesia.

3.2.3. El matrimonio Sine-Connubio.

Este tipo de matrimonio se llevaba a cabo por los que no tenían *jus connubium*, es decir, la capacidad para contraer matrimonio, por ejemplo, entre un ciudadano romano y una peregrina, o una latina, o entre dos peregrinos.

Era un matrimonio de derecho de gentes, ya que regulaba las relaciones de matrimonio entre ciudadanos y peregrinos y a éstos entre sí. Se consideraba como un matrimonio superior al concubinato pero inferior a las justas nupcias.

Los hijos serán cognados de la madre y de los parientes maternos, a pesar de que nacen *sui juris*, y por lo regular peregrinos a causa de la ley Minicia.⁵¹

El marido puede perseguir el adulterio de la mujer, pudiéndose convertir este matrimonio en *justae nuptiae*, por la *causae probatio*, que consistía en el matrimonio entre una ciudadana o una latina con un liberto menor de 30 años, y por el *erroris causae probatio*; en la cual, si un ciudadano se casaba con una latina creyéndola ciudadana romana y tuvieran un hijo, se le permitía al padre hacer la prueba de buena fe (*erroris causam probare*) y al hacer la comprobación se consideraba casado en justas nupcias, adquiriendo el padre la autoridad sobre los hijos ya nacidos.

Este tipo de matrimonio cayó en desuso, principalmente con la Constitución Antoniana del año 212 d.C., ya que con esta el emperador Caracalla otorgó la ciudadanía

⁵¹ Esta ley de fecha desconocida determina que si alguno de los padres tenía la calidad de peregrino, el hijo que tuvieran siempre sería considerado como peregrino; si esta ley no era invocada el hijo era considerado como romano. Un senadoconsulto de Adriano determinó que esta ley no se aplicara al hijo nacido de ciudadana romana y de un latino, estimando al hijo como ciudadano.

romana a todos los que habitaban el imperio, con excepción de los latino junianos y los dediticios.

Dicho matrimonio con la extensión del derecho de ciudadanía se hizo más raro, razón por la cual no se encuentran muchos datos acerca de este tipo de matrimonio. Justiniano permitió su aplicación para los condenados a una pena que llevara consigo la pérdida de los derechos de ciudadano.

El matrimonio Sine Connubio tenía efectos similares a los del concubinato, como era el de no obtener el rango social del marido, ni el de obtener la patria potestad sobre los hijos quienes nacían sui iuris, como ya se mencionó anteriormente, guardando un parentesco natural o cognaticio entre el hijo, la madre y los parientes maternos, y quedando siempre el hijo en calidad de peregrino, también otras similares a las justas nupcias como lo es el de la aplicación de la institución dotal y el divorcio.

3.2.4. Contubernio.

Es la unión entre esclavos o entre una persona libre y un esclavo, que no tenía ninguna consecuencia jurídica.

El hijo tiene la condición de la madre, y por un tiempo largo el Derecho no reconoció ningún parentesco entre esclavos, ni siquiera el natural, pero al comienzo del Imperio se admitió una especie de *cognatio servilis* entre el padre, la madre y los hijos, por un lado, y por otra parte, entre los hermanos y hermanas. Este tipo de cognatio tenía por objeto impedir entre estas personas, hechas libres por manumisión, matrimonios que hubiesen sido muy contrarios al derecho natural y a la moral.⁵²

⁵² PORTE PETIT EUGENE, Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit. Epoca, S.A., México. 1984. Pág.112.

El parentesco natural que viene del contubernio es en materia de impedimentos matrimoniales, parecido por el lado materno al parentesco propiamente dicho; en el derecho justiniano deriva también de él, pues si los padres e hijos adquieren la libertad, un derecho de sucesión de éstos con relación a aquellos.

3.3. Requisitos para contraer Matrimonio.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el matrimonio es una fuente de la potestad paterna. El matrimonio o *Iustae Nuptiae*, es la unión legítima que contemplaba el derecho civil romano. Este ordenamiento jurídico romano, estipula que deberá de existir principalmente un deseo de los cónyuges para hacer vida marital, llamado *affectio maritalis*, concepto que ya se ha explicado ampliamente en párrafos anteriores.

El matrimonio desde su origen en la sociedad romana fue considerado como un medio para lograr la procreación de los hijos. La mujer tenía el total respeto con esta figura jurídica, pues no solo abarcaba el ámbito del hogar con el esposo, sino también se le respetaba y honraba al igual que el hombre en la ciudad.

Se necesitaban varios requisitos indistintamente para el hombre y mujer, para poder contraer matrimonio y por lo tanto que fuera válido, en la época de Ulpiano se estipulaban los siguientes:

- I) "La pubertad de los esposos,
- II) su consentimiento,
- III) el consentimiento del jefe de familia y
- IV) el *connubium*."⁵³

⁵³ PORTE PETIT, EUGENE, Ob. Cit. Pág.104.

I. **PUBERTAD.-** Se entiende por pubertad cuando el hombre y la mujer tienen las facultades físicas necesarias para procrear hijos, principal objeto del matrimonio.

En el origen de la era romana, la pubertad se obtenía a la edad de los 12 años para las hijas y respecto a los varones, el padre la determinaba buscando en su cuerpo señales de la pubertad.

Cuando se estableció el Imperio los Proculyanos, declararon la pubertad para las mujeres a los 12 años y para los hombres los 14 años de edad. En cambio los Sabinianos no respetaron dicha disposición prefiriendo seguir con la anterior regla, es decir, a la llamada *inspectio corporis*. Prevalciendo la misma hasta los tiempos de Justiniano, pues posteriormente censuraría a los Proculyanos.

II. **CONSENTIMIENTO.-** Es la plena voluntad de las partes para contraer matrimonio. Al parecer por bastante tiempo debió permanecer la voluntad del jefe de familia para imponer y elegir con quien se deberían de casar, sin embargo en el Imperio, ya no tenían ese derecho. También es importante decir, respecto a las personas dementes que solo bastaba un momento de lucidez para poder contraer matrimonio. La voluntad de los contrayentes debe estar libre de cualquier presión, de lo contrario el matrimonio no será válido.

III. **CONSENTIMIENTO DEL JEFE DE FAMILIA.-** Los hijos que se encontraban sometidos a la autoridad necesitaban el consentimiento del jefe de familia, a diferencia de los sui iuris, pues estos no requerían del consentimiento de alguien. Este requisito no tenía fundamento alguno respecto al interés y protección de los esposos, sino solamente por la autoridad paterna y los derechos del jefe de familia, teniendo algunas consecuencias, como son:

- a) "Este consentimiento es necesario, sea cual fuere la edad del descendiente.
- b) El de la madre nunca se exige, por no tener autoridad.

c) El jefe de familia debe consentir, aunque sólo sea abuelo del descendiente que vaya a casarse, y en igual caso, el consentimiento también se exige para sus nietos, puesto que a la muerte del abuelo los hijos nacidos del matrimonio caen bajo la autoridad del padre".⁵⁴

Existe la llamada DISPENSA EXCEPCIONAL, cuando el pater familias no autorizaba el casamiento del hijo, el magistrado lo podía hacer de acuerdo con la Ley Julia Maritandis Ordinibus del año 18. a.C.

IV. **CONNUBIUM.**- Viene siendo la capacidad legal que tienen los contrayentes para poder casarse. Los ciudadanos romanos eran los que podían disfrutarla. Por consecuencia, en el derecho antiguo los esclavos, los latinos, con excepción de los *latini veteres* y los peregrinos, se encontraban privados del connubium, a menos que se solicitaran concesiones especiales. Con Justiniano, y por motivo de la extensión del derecho de ciudadanía, solo los esclavos y bárbaros, eran los únicos que no tenían el connubium.

Por otro lado, había casos que aún teniendo el derecho de ciudadano para tener el connubium, existían otras incapacidades, como eran el parentesco, la afinidad, causas de moral, de convivencia o por orden político, pero estos conceptos se explicaran mas adelante por corresponder al capítulo de impedimentos relativos del matrimonio.

Los requisitos del matrimonio en la antigua Roma, fueron equilibrados con el fin de no caer en la promiscuidad, pero en cierta forma injustos para los que no tenían el derecho de ciudadanía.

⁵⁴ IDEM. p.p.105.

Con los requisitos que se marcaban para contraer matrimonio, se hacían a un lado las malas costumbres y la mínima procreación provocaba despoblación primordialmente en las clases altas de mando.

La Lex Iulia de Maritandis Ordinibus propuesta por Augusto en el año 18 a.C. y la Lex Papia Poppea Nuptialis del año 9 d.C., estipulaban la edad para contraer matrimonio, para el varón debería de ser de los 25 a los 60 años y para la mujer de los 20 a los 50 años de edad, estas dos disposiciones se fusionaron en una sola ley llamada Lex Iulia et Papia. Las personas que se unían en matrimonio rebasando las edades permitidas, se consideraban como matrimonio no realizado o inexistente.

3.4. Prohibiciones para la celebración del Matrimonio.

En Derecho Romano debe hablarse de prohibiciones y no de impedimentos, ya que este vocablo aparece en Derecho canónico, el cual presupone una capacidad general para contraer matrimonio, pues D'Ors aclara; el Derecho romano establece prohibiciones que derivan del fas, de la condición social, etcétera.⁵⁵ A pesar de lo anterior, otros autores hablan de impedimentos para la celebración del matrimonio, señalando que existían varios motivos para no llevar a cabo el matrimonio, como son los de orden ético, político, social y religiosos, pero existe una teoría de los impedimentos matrimoniales formulada en la Edad Media por el derecho canónico, en donde se distinguió entre los impedimentos absolutos y relativos.

⁵⁵ D'ORS, ALVARO, DERECHO ROMANO, § 215. n. 5.

Impedimentos absolutos:⁵⁶

1. El que los cónyuges hayan contraído matrimonio y éste no haya sido disuelto.
2. La esclavitud de uno de los cónyuges.
3. El voto de castidad y el ingreso a las órdenes mayores.
4. Los castrados y los esterilizados.

Impedimentos relativos:⁵⁷

1. El parentesco de sangre o cognaticio.

En el derecho antiguo respecto al parentesco, estaba prohibida toda relación de matrimonio en línea recta, ya que representaba la inmoralidad y deshonestidad; por lo que se refiere a la línea colateral sólo era prohibido cuando era entre hermanos, tíos y sobrinos. La misma prohibición es para los emparentados por adopción, el padre o el abuelo no podrán casarse con su hija o nieta ni aun después de la emancipación. En el año 49 d. De J.C. un senadoconsulto autoriza el matrimonio entre tío y sobrina,⁵⁸ aunque la prohibición subsiste entre tío e hija de la hermana y sobrino con tía paterna o materna.⁵⁹ En un principio, el matrimonio entre hermanos primos era admitido, pero con Teodosio El Grande quedaron prohibidas, siendo autorizadas con Arcadio y Honorio.

2. La afinidad.

Como ya hemos mencionado, es la relación de un cónyuge con los parientes del otro.

El impedimento existía totalmente en línea recta, por ejemplo: padrastro e hijastra. Respecto a la línea colateral, el emperador Constancio en el año 350 prohibió el matrimonio entre cuñados.

⁵⁶ Estas prohibiciones son estrictamente limitantes, ya que no se permitía contraer matrimonio, si existían las causas señaladas.

⁵⁷ En este caso, solo resultan afectadas las personas que van a contraer matrimonio.

⁵⁸ Así se permitió el matrimonio de Claudio con Agripina, hija de su hermano Germánico.

⁵⁹ PADILLA, GUMENSINDO, Ob. Cit. p.p. 58.

3. El parentesco espiritual.

Este se refería a la prohibición que existía respecto al padrino y la ahijada.

4. El adulterio.

Estaba prohibido el matrimonio entre la adúltera y su amante, conforme a lo dispuesto por la *Lex Iulia de Adulteris*.

5. El rapto.

En el Imperio absoluto se establece la prohibición del matrimonio entre el raptor y la raptada, disposición que fue derogada en nuestro Código Civil del D.F.

6. Prohibición matrimonial entre cristianos y judíos.

Situación establecida por razones religiosas al oficializarse como religión el cristianismo.

7. El desempeño de ciertas funciones públicas o privadas.

Por cuestiones de mandatos imperiales se prohibieron las nupcias entre los gobernadores y la mujer oriunda y domiciliaria de esa provincia.

8. Por razones de tutela.

Se prohibía el matrimonio entre el tutor y la pupila hasta que terminara la tutela y se rindieran cuentas por parte del tutor. Esta disposición se encuentra contemplada actualmente en el artículo 159 del Código Civil para el Distrito Federal. Esta prohibición también existía para el curador y los descendientes de éste y del tutor.

9. La prohibición de que la viuda se case antes de terminar un año de luto.

Ya que podía incurrir en infamia, teniendo la finalidad esta disposición de evitar dudas acerca de la paternidad del ser concebido durante el primer matrimonio. Termina la prohibición

si la mujer da a luz antes de los 10 meses siguientes a la muerte del marido. El artículo 158 del código invocado, contemplaba que la mujer que no podía contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diera a luz un hijo. Para el caso de nulidad o de divorcio, se podía contar ese tiempo desde que se haya interrumpido la cohabitación. Actualmente, dicho artículo fue derogado por las reformas publicadas con fecha 25 de mayo del año 2000.

10. La prohibición de matrimonio justo a los soldados.

Tenía el objeto de que se dedicaran con total atención al ejército. Fue revocada a finales del siglo II d. C.

11. La prohibición de matrimonio entre los senadores y sus hijos.

Fue dictada respecto a los libertos y con las personas que ejercían profesiones u oficios deshonorosos, como los actores, gladiadores, etcétera. Esta prohibición fue abolida por el emperador Justino para permitir el matrimonio de su sobrino Justiniano con Teodora, quien había servido en el circo y había sido ornamento de teatro.

12. La prohibición entre patricios y plebeyos.

Esta disposición duró hasta la promulgación de la Ley Canuleia.⁶⁰

13. Otros impedimentos.

Un senadoconsulto expedido bajo Marco Aurelio y Cómodo, prohíbe el matrimonio entre el tutor y la pupila antes de la rendición de cuentas.⁶¹

⁶⁰ SAINZ GOMEZ S. JOSE MARIA, Ob. Cit. p.p. 198-200.

⁶¹ D. 23, 2, 59 y 60. La prohibición incluye también al hijo y nieto del tutor.

El magistrado o funcionario provincial no puede casarse con mujer nacida o domiciliada en esa provincia, esta prohibición era con el fin de evitar matrimonios forzados; pero se le permite celebrar esponsales pues el cesar su cargo, cesa la prohibición.⁶²

3.5. Formas del Matrimonio.

Principalmente encontramos dos formas de matrimonio, pero antes de explicar cada una de ellas, es necesario saber que la manus es una potestad organizada por el Derecho Civil y propia de los ciudadanos romanos. Presenta una analogía con la potestad paterna, pero solo se puede ejercer sobre una mujer casada. Al principio, pertenece al marido, siendo éste *alieni iuris*, se ejercerá por el jefe de familia; y, por último, se puede establecer a título temporal, en provecho de un tercero.

La manus solo existe en el matrimonio y según Gayo pudo establecerse de tres maneras.

A) Por el usus.- Es una especie de adquisición por el uso, al parecer es el modo más antiguo de establecerse la manus. Es la posesión de la mujer continuada durante un año, dando al marido la manus. Para disolver la manus, bastaba con que la mujer se alejara del hogar durante tres noches (*trinoctium*) consecutivas. A pesar de que esta forma al parecer era la más antigua, cae en desuso en los inicios de la época clásica.

B) Por la confarreatio.- Su origen al parecer también es antiguo. Reservada exclusivamente para los patricios, consistía en una ceremonia en honor a Júpiter ante un

⁶² D. 23, 2, 38.

Flamen Dialis (sacerdote de Júpiter) y diez testigos, se pronunciaban ciertas palabras solemnes y los esposos debían comer un pan de trigo (*panis farreus*), debido su carácter religioso, fue cayendo en desuso. Para su disolución era necesario una ceremonia contraria llamada *diffarreatio*.

C) **Por la coemptio.**- Era el procedimiento corriente en la época clásica para la creación de la manus. Se dice que su creación surgió después de la ley de las XII tablas para permitir a los plebeyos que se casaban y no podían hacer uso de la *confarreatio* establecer la manus en el mismo momento del matrimonio. Consiste en una venta imaginaria de la mujer al marido, con asistencia del jefe de familia si es *alieni iuris*, o la auctoritas del tutor si es *sui iuris*, viene siendo una aplicación derivada de la *mancipatio*. Las palabras de la mancipación estaban modificadas para que produjesen la manus, y no el *mancipium*.⁶³ En este caso, la manus se disolvía por un acto contrario, llamado *remancipatio* de la mujer a un tercero el cual la manumitía posteriormente. Esta forma desapareció hacia finales de la época clásica.

3.5.1. Sine Manus.

La manus de encontraba centralizada en el dominio total y absoluto del marido sobre la mujer. Por lo que, con el surgimiento de la Ley de las XII tablas, se permitió una forma de matrimonio donde la manus no fuera absoluta, apareciendo el *sine manus*, en donde la mujer podía salir tres noches consecutivas (*usurpatio trinoctii*)⁶⁴ de la *domus maritalis*. Sin que la estancia de la mujer en su casa de origen no fuese en perjuicio de la legitimidad de sus hijos, sino todo lo contrario, pues eran concebidos y considerados legítimos, con la misma posición

⁶³ PETIT EUGENE, Ob. Cit. Pág. 122-123.

⁶⁴ La mujer podía salir de la *domus* del esposo, con el fin de permanecer con sus familiares y seguir la celebración del matrimonio efectuado.

social. Dicha unión que los antiguos consideraban libre también la llamaron matrimonial y es como surge el matrimonio *sine manus*. La mujer en esta forma de matrimonio, pertenecía a su familia de origen y el padre tenía todo el derecho de reclamarla y solicitarla al marido, sin que impugnara su devolución, por medio del interdicto de *liberis exhibendis item ducendis*.

En el matrimonio *sine manus*, a veces existían arbitrariedades por parte del padre de la mujer, pues con el fin de seguir ejerciendo sobre ella la *manus*, la reclamaba en su propia *domus*, sin importar que su unión fuera armoniosa y llena de paz –*matrimonium bene concordans*-. En el tiempo de Antonio Pío, se le concede al marido *sine manus* un “*interdictum* denominado de *uxore exhibenda ac ducenda*”.⁶⁵

Al final de la República el matrimonio *sine manus* tiene mayor apogeo, teniendo sus propios bienes, obteniendo una independencia jurídica, y por lo tanto, la mujer era igual que su marido.

La ausencia de la mujer por tres noches, no tuvo como finalidad perjudicar su integridad como mujer o bien a su familia, sino era con el motivo de evitar la *manus* por parte del esposo.

En los comienzos del principado, la ausencia por prolongada que fuese, no se consideró motivo para disrutar el matrimonio salvo que con ella haya desaparecido la *affectio maritalis*. Cabe mencionar que la *manus* estaba limitada totalmente respecto al esposo cuando la mujer se caracterizaba por ser *sui juris*.

Este matrimonio, no cambiaba el estatus civil de las personas; la romana que se casaba con un extranjero, seguía siendo romana, al igual que en el caso de la extranjera desposada con romano, seguirá conservando su condición de extranjera.

⁶⁵ SANTA CRUZ TEJEIRO, JOSE MANUEL, Elemental de Instituciones Romanas, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1946. Pág. 27.

El matrimonio sine manus, tuvo gran importancia en los tiempos de la República, pues era considerado como el más trascendental para la legislación romana. En un tiempo se mantuvo como fuente de derechos y obligaciones, pero conservando su misma estructura, o sea, se expresaba como relación jurídica pero no en los términos que desempeñaba la confarreatio y la coemptio, una vez que se daba, producía sus efectos para siempre, cesando éstos al dejar de existir y cuando creyesen necesario los esposos; sin embargo, la relación con los hijos habidos tenían efectos para toda la vida.

3.5.2. Cum Manus.

Este se llevaba a cabo cuando la mujer estaba bajo la manus de la familia de origen, con este tipo de matrimonio pasaba inmediatamente al poder del marido, siendo a veces desagradable para el paterfamilias esta situación, pues su cesión y dominio que tenía sobre la mujer eran transmitidos totalmente al esposo.

El matrimonio cum manus en un momento perdió práctica y los matrimonios que se celebraban bajo esta forma, eran excepciones primordialmente en la época clásica. Durante esta etapa la forma de matrimonio llamada usus había caído en desuso por completo. Esta forma de matrimonio surgió en sus inicios como una figura de hecho, y debido a su constante práctica se convirtió en una situación jurídica siendo obligatoria su total observancia para los que se unieran bajo su regulación.

Aquí la mujer perdía todo el derecho en el aspecto hereditario, y su relación de parentesco con su familia originaria se extinguía. Solo existe una relación agnaticia respecto a la familia de su cónyuge.

Para el perfeccionamiento de estas dos formas de matrimonio, no importaba que fuera una situación de hecho o derecho, o simplemente el deseo de ser marido o mujer, sino simplemente lo que importaba era la vida marital de la mujer y el varón, es decir que los esposos fueran a la residencia del marido para significar el cambio de vida en el hacer conyugal.

3.6. Efectos del Matrimonio.

La unión conyugal con los requisitos y sin los impedimentos ya explicados anteriormente y además siendo el varón ciudadano romano, producía los efectos propios del matrimonio romano (*iustae nuptiae*), consecuencias jurídicas respecto a los cónyuges, los hijos y los bienes.

3.6.1. Respecto a los Cónyuges:

a) Los esposos obtienen el título de *vir - esposo -* y *de uxor - esposa -*, teniendo la mujer igualdad en la condición social respecto del marido. Pero las condiciones de plebeya y de manumitida no desaparecen por el matrimonio con un patricio o con un ingenuo, aunque estas uniones fueron permitidas.

b) Los cónyuges deben ser fieles. Aunque el Derecho Romano impugnó más severamente la infidelidad de la mujer que la del varón, pues a la mujer adúltera se le sancionaba con la pena de muerte. Después Justiniano disminuiría esta pena.

c) En lo que se refiere a los bienes de la esposa, cabe indicar que en el matrimonio *sine manus*, cada esposo mantiene su propio patrimonio, y en el *cum manus*, el varón se vuelve propietario de los bienes de la mujer.

d) Los esposos se deben dar mutuamente alimentos,⁶⁶ y se determinaban conforme a las posibilidades del que estaba obligado a darlos y de las necesidades del que los pedía.⁶⁷

e) No se pueden hacer mutuamente donaciones los esposos. Se dice que las donaciones habían provocado un interés en las relaciones maritales, en perjuicio del esposo más generoso y por lo tanto, eran consideradas nulas.

f) La esposa tenía prohibido ser fiadora de su marido.

g) En materia civil existía el beneficio de competencia (*beneficium competentiae*), por el cual el deudor tenía derecho a no ser condenado a pagar sino en la medida de sus posibilidades. Este beneficio de competencia era una excepción que oponían algunos deudores al acreedor, y a estos deudores, no se les puede condenar más que en su haber. El acreedor estaba obligado a recibir menos de lo que se le debía. Por esta razón no eran tratados como insolventes y se evitaba la aplicación de la *bonorum venditio* (venta en masa de los bienes del deudor remiso) con el encarcelamiento y la nota de infamia, que eran sus consecuencias. Este principio ha desaparecido en el derecho actual.

h) Se prohíbe el robo entre los cónyuges, así como ejercer en contra de uno de los cónyuges una acción que trajera como consecuencia una pena infamante.

i) En caso de morir el esposo intestado, la viuda que no poseía bienes tenía algunos derechos respecto a la sucesión del marido.

⁶⁶ Cfr. Artículos 164 y 302 del Código Civil del D.F.

⁶⁷ Cfr. Artículo 311 del Código Civil del D.F.

j) La posibilidad del marido de ejercer contra quien retuviese indebidamente a la mujer el interdictum de uxore exhibenda et ducenda, aunque se tratara del propio paterfamilias.⁶⁸

k) El esposo daba protección a la mujer y la representaba en la administración de justicia.

3.6.2. Respetto a los hijos:

a) Se consideran legítimos o liberi justii. En el matrimonio declarado nulo los hijos se consideran espurios.

b) Siguen la filiación paterna.

c) Se encuentran sometidos a la potestad de su padre. Si éste es sui juris, o del abuelo, si el padre es alieni juris.

d) Tienen derecho al nombre, condición social y domicilio del padre.

e) Forman parte de la familia civil del padre a título de agnados, siendo agnados también de su madre si el matrimonio fue cum manus, de lo contrario solo serán sus cognados.

f) Son descendientes legítimos y pueden suceder al pater por la ley, a través de la sucesión legítima o ab intestato, en el caso de estar bajo la patria potestad, en el momento del fallecimiento del padre.

⁶⁸ Cuando cae en desuso la manus, el marido queda indefenso respecto al paterfamilias de la mujer, este interdicto le fue concedido también contra éste.

g) Existe la obligación recíproca de alimentos, así como el deber de respetar y obedecer a sus padres.

3.6.3. Respeto de los bienes.

En cuanto al matrimonio cum manus, todas las adquisiciones que obtuviera la mujer o realizara durante el matrimonio, así como el de las hijas o nietas va a acumularse al patrimonio del pater de la domus.

Las obligaciones contractuales que adquiriría la mujer o hijas eran asumidas por el esposo. Se les impedía tener deudas en el orden civil, siendo así la mujer no estaba facultada para obligarse en un negocio jurídico civil sin la autoridad del pater. En el caso de haber adquirido deudas antes de consumado el matrimonio cum manus éstas quedaban nulas definitivamente por el solo hecho de haberse perfeccionado y conforme a los efectos derivados de la capitis deminutio. Si el marido desistía en cubrir con las deudas de la mujer obtenidas antes del matrimonio, el pretor ordenará un concurso de sus bienes que están en poder del marido para todos sus acreedores habidos.

Respecto al matrimonio sine manus, sucede lo contrario, pues en esta unión la mujer conserva los privilegios al seguir perteneciendo a su familia de origen teniendo la facultad de mantener íntegramente su patrimonio. El padre de origen es el responsable de las deudas de la hija pudiendo ser demandado por la acciones adietitiae quilitatis y con la acción noxal⁶⁹

⁶⁹ "Se llaman acciones noxales las que se instituyen contra nosotros, no en virtud de un contrato, sino de un daño y delito de los esclavos. La fuerza y poder de estas acciones consiste en que si hubiésemos sido condenados se nos permita eludir la estimación del litigio mediante la entrega del mismo cuerpo del que hubiere delinquido". D. 9, 4, 1, D'ORS, A, HERNANDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCIA-GARRIDO, M. Y BURILLO, J., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968. Tomo I, p.p. 399. Se llama Noxa al autor del hecho y noxia es el delito mismo (robo, injuria, etc).

cuando la mujer que ya contrajo matrimonio sigue siendo una filia familias (hija) liberándose el marido de toda responsabilidad por las deudas contraídas por su mujer.

Si la mujer casada era una sui juris conserva esta característica aún después de consumado el matrimonio, teniendo derecho de ser dueña de su patrimonio, sin que se mezclen con los bienes de su esposo, estos serán administrados por el marido cuando la mujer se lo autorice en forma expresa y por medio del mandatum. En el matrimonio sine manus no procede la sucesión hasta que sea concedida por el pretor en el caso de la época imperial se le otorga a la viuda pobre el derecho de sucesión.

3.7. Régimen Patrimonial del Matrimonio.

RÉGIMEN DE BIENES ESTANDO LA UXOR IN MANU

El régimen de bienes del matrimonio varía según se trate del matrimonio cum manus, o un matrimonio sine manus.

La regla general es que el marido adquiere todos los bienes que tenga la mujer; y si aquél está sometido a la patria potestas de otro, por parte de este último. De tal forma que no existe sino un solo patrimonio.

Sin embargo se puede distinguir que:

1.- Si la uxor in manu había sido filia y lógicamente siendo alieni iuris, no variará su situación, ya que si bajo su pater no tenía capacidad patrimonial, tampoco la tenía ahora; lo

que sucede únicamente es que ha cambiado la titularidad del poder, que ahora pertenece al marido, y si este es *alieni iuris*, recae en el pater del que dependiere.

2.- Si la *uxor in manu* había sido *sui iuris*, desaparece su capacidad patrimonial, su patrimonio y todo lo que adquiere después pertenecerá al marido. Siendo el marido *alieni iuris*, los bienes serán para el pater de quien dependiere.

RÉGIMEN DE BIENES SIN ESTAR LA UXOR IN MANU

En este caso, la regla general es que cada uno de los esposos sigue manteniendo la situación patrimonial de que gozaba con anterioridad al matrimonio. Pero a causa de la convivencia en el matrimonio, el hombre mantendrá a su mujer en lo que necesite y, por otro lado, será lógico que la mujer deje en manos de su esposo la administración de su patrimonio. Los bienes propiedad de la mujer y que eran confiados al marido, se denominaba ***bona extra dotem*** o también parafernales.

1.- En cuanto a estos bienes parafernales, el marido administrador se encontraba sometido a las reglas del mandato, y debería seguir las instrucciones dadas por la mujer propietaria. Respecto de los créditos parafernales, el esposo se encontraba facultado para su cobro, teniendo el derecho de ejercitar las acciones pertinentes.

2.- Si existe duda acerca del origen de los bienes, se rige por una presunción, que se le atribuye a Q. Mucio Scaevola (*praesumptio Muciana*), la cual consistía en que las adquisiciones efectuadas por la mujer casada, si no existiese prueba en contrario, se daba por

entendido que habían sido hechas por el marido, por lo que se puede decir que los bienes parafernales no se presumen.⁷⁰

3.8. El Celibato.

En el final de la República surge una crisis difícil de nupcialidad debido al relajamiento de la moral romana. Teniéndose que tomar medidas extremas respecto al celibato. Las dos leyes caducarias que eran la *Lex Julia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea*, castigaban fuertemente la condición jurídica del soltero, provocando con esto la desaparición del matrimonio considerado en Roma como la base de su sociedad.

La Lex Julia prohibía a los solteros recibir herencia por testamento, así como tampoco legados; la Lex Papia castigaba a los casados sin hijos, con una pena parecida a la anterior, pero solo restringida a la mitad.

Los menores de veinticinco años y mayores de sesenta, para los hombres y las mujeres menores de veinte y mayores de cincuenta, así como las viudas en el año siguiente a la muerte del marido, y las divorciadas durante los seis meses siguientes del divorcio, quedaron fuera de las sanciones que imponían las leyes caducarias.

Estas leyes caducarias fueron criticadas, lucharon siempre porque fueran suspendidas, trataron de burtar sus efectos; se realizaron varias modificaciones a dichas leyes por el desacuerdo que había en el pueblo romano, hasta que el emperador Justiniano las suprimió.⁷¹

⁷⁰ DI PIETRO ALFREDO - LAPIEZA ELLI ANGEL ENRIQUE, Ob. Cit. Págs. 379-380.

⁷¹ HERNANDEZ TEJERO JORGE, Lecciones de Derecho Romano, 3ª. Ed., Ediciones Darro, Madrid, Pág. 298.

3.9. Segundas Nupcias.

Las segundas nupcias fueron mal vistas por los romanos, y es hasta la época de Augusto cuando un segundo matrimonio es aceptado y estimulado por la legislación caducaria, sin embargo posteriormente las constituciones imperiales las reprobaron.

Uno de los efectos de contraer segundas nupcias, fue el de privar al cónyuge de los beneficios obtenidos en el primer matrimonio y el usufructo que le correspondiera, con el objeto de proteger los hijos del matrimonio anterior. Se le llamaban cónyuges bínubos.

Existieron varias disposiciones en contra de los que contrajeran segundas nupcias, tales como:

- a) Que el cónyuge bínubo perdiera a favor de los hijos de su primer matrimonio la propiedad de los lucros nupciales.
- b) No podían dejar por testamento al nuevo cónyuge, una porción mayor que la dejada al menos favorecido de los hijos del matrimonio anterior.
- c) Tenían que prestar caución si quedó obligado a pagar legados a favor de hijos, hermanos o sobrinos.
- d) Se consideraba válida la condición de viudez impuesta al cónyuge supérstite a cuyo favor hacía el desahuciado una disposición testamentaria, condición admitida por Justiniano en su novela 22.

En relación con las disposiciones dictadas respecto a las madres bínubas, fueron las de perder el derecho de educar a los hijos; las de tutela y la facultad de revocar por ingratitud las donaciones que se hubieran hecho a sus hijos.⁷²

⁷² IDEM. p.p. 298.

3.10. Legislación Matrimonial de Augusto.

La *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea*, ya mencionadas anteriormente, fueron dictadas en los años 18 y 9 a.C., respectivamente, por el emperador Augusto con el fin de estimular la natalidad y evitar la continua decadencia de las costumbres, posteriormente la jurisprudencia romana fusionó estas leyes en una sola y les llamó *Iulia et Papia Poppaea*.

Estas leyes contemplaban beneficios y también castigos, por lo que fueron muy impopulares.

Se castigaba a los varones solteros (célibes) de 25 a 60 años y las mujeres de 20 a 50, así también a los casados sin hijos (orbi), por otro lado, concedía privilegios a los ciudadanos casados con hijos, como el de obtener un cargo público antes de la edad prescrita, quedaba libre de la tutela la mujer ingenua con 3 hijos y la liberta con 4, es decir, la que gozaba del Jus liberorum.

Respecto a los célibes y a los orbi se les castigaba con la incapacidad sucesoria. Los bienes que no se les permite adquirir con motivo de la incapacidad se les llamaba caduca y pasaban a los herederos que tuvieran hijos y a falta de éstos al fisco. Las sanciones que imponían estas leyes provocaron que se le conociera como caducarias.

Al surgimiento e influencia del cristianismo esta legislación desapareció, pues San Pablo habla de actitudes favorables al celibato y a la castidad.

3.11. La Dote.

En general entendemos por dote (**dos**) una cantidad determinada de bienes que la mujer, o un tercero, da al marido para coadyuvar con el mantenimiento de las cargas del matrimonio (onera matrimonii).

Aparte de la contribución a las cargas del matrimonio, la dote también tenía la función de proteger a la mujer, cuando se hubiera disuelto el matrimonio, de forma que pudiera contar con bienes para solventar su vida posterior.

La dote, en un principio, pasa a ser propiedad del marido, existiendo una lenta evolución.

En los primeros tiempos, el marido o su pater podía disponer libremente de los bienes dotales, ya que el objetivo de su establecimiento eran las cargas del matrimonio.

Posteriormente e independientemente de que los bienes se encontraban en poder del marido, eran en realidad propiedad de la mujer, resaltando el papel que podrían tener estos bienes en caso de disolución del matrimonio. Por lo que la **Lex Iulia de fundo dotali** - que era un capítulo de la **Lex Iulia de adulteris**, de la época de Augusto, año 18 a. C. -, fue creada para establecer la prohibición para el marido, de enajenar los inmuebles itálicos entregados en dote, sin el consentimiento de la mujer, dicha prohibición tenía una nulidad relativa, ya que solo la ir la mujer. Esta prohibición también se tomó en cuenta para la gravación de dichos inmuebles con el pignus, extendiéndose en la época posclásica a los demás fundos o provinciales.

En la época justiniana, todavía se hablaba de propiedad del marido sobre la dote, aunque en realidad lo que buscaba era un usufructo; inclusive, muerta la mujer, la propiedad de los bienes dotedales va a los hijos, y el padre tendrá un usufructo cualificado.

Para la época republicana la mujer tendrá una *actio rei uxoriae* para reclamar la dote, ya que se había disuelto el matrimonio. Por ella se le indica al *iudex* que la restitución de los bienes dotedales se efectúe conforme al *aequum et bonum*.

También por medio de la *actio ex stipulatu*, se podía reclamar la restitución de la dote cuando hubiera existido una *stipulatio* restitutoria de la dote por parte del marido, solo se podía reclamar lo que estrictamente se había convenido en esa *stipulatio*.

3.11.1. Clases de Dote.

La dote se podía constituir por la mujer *sui iuris*, el paterfamilias y por un tercero:

- a) **Dote profecticia.** Cuando era otorgada por el paterfamilias y posteriormente el padre a una hija emancipada.
- b) **Dote adventicia.** Era otorgada por la propia mujer, por su madre o por un tercero.
- c) **Dote recepticia.** Se daba cuando el tercero constituyente se ha reservado el derecho de pedir la restitución en caso de disolución del matrimonio.

3.11.2. Constitución de la Dote.

En virtud de que el otorgamiento de la dote no constituía una obligación jurídica, pues era considerada mas como una cuestión de honor que nacía a través de un pacto, surgió la necesidad de crear ciertas formas para poderlas constituir, por lo que la dote se podía constituir por:

- a) **Datio dotis.** Era la forma de transferir los bienes dotales por *mancipatio, in jure cessio o traditio*. Podía realizarla cualquier persona.

- b) **Dictio dotis.** Esta forma era la más frecuente, era reservada para la mujer, si era *sui iuris*, al padre o abuelo e inclusive podía realizarla el deudor de la mujer, con autorización de ella. Su celebración era previa al matrimonio, frecuentemente en los esponsales. Se conformaba por medio de un contrato verbal que se realizaba con palabras solemnes, que consistía en una promesa unilateral realizada, el aceptante debía estar presente, aunque solo el constituyente hacia la declaración. Para exigir su cumplimiento se ejercitaba la *actio certi*, cuando se trataba de cantidad o cosa determinada o la *actio incerti* (llamada *ex stipulatu* si se trata de un *facere* o *dare incertum*). Esta forma desaparece en la época postclásica y es sustituida por la *promissio dotis*.

- c) **La promissio dotis.** Era una promesa de dote en forma de *stipulatio*, en donde el constituyente hace la promesa y el aceptante expresa su conformidad, es realizada mediante una pregunta seguida de una respuesta.

En el año 428 d.C., en el imperio absoluto, estas formas desaparecieron y la dote se constituía con un simple pacto legítimo y se redactaba un documento.

3.11.3. Donaciones Nupciales.

Hay que tomar en cuenta las tres fases que tuvieron las donaciones entre esposos:⁷³

- 1.- Las donaciones entre esposos eran válidas.
- 2.- Fueron prohibidas.
- 3.- Podían ser válidas bajo ciertas condiciones.

1er. Período: HASTA LA LEY CINCIA. (Donaciones permitidas)

Eran permitidas las donaciones entre esposos. Los esposos estaban expresamente exceptuados de las disposiciones restrictivas de la ley Cincia. Por que en ese entonces, eran raras las donaciones entre esposos, ya que lo frecuente era que la mujer estuviera bajo la manus del marido.

2º Período: POSTERIORMENTE A LA LEY CINCIA. (Donaciones prohibidas)

En el año 550 de Roma, la costumbre suprimió las donaciones entre esposos, con el fin de evitar el desbordamiento de la pasión, o para impedir las donaciones hechas bajo amenaza de divorcio. Aunque hay que tomar en cuenta que las donaciones mortis causa, seguían siendo válidas entre esposos, así como que el esposo que había efectuado una donación a su cónyuge, podía confirmarla por una cláusula expresa en su testamento.

⁷³ FOIGNET, RENE, MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, Edit. José M. Cajica Jr., S.A., México. Págs. 230 y 231.

3er. Período: ORATIO SEVERI ET ANTONINI. (Donaciones válidas)

Para el año 206, se expidió una atenuante a este riguroso principio por un Senadoconsulto de Septimio Severo y su hijo Antonino Caracalla, en donde se determina que si el donante sostiene su decisión de donar hasta su muerte y moría casado, la donación se hacía válida al momento de fallecer.⁷⁴

No se contemplaban en las prohibiciones los pequeños obsequios, ni las donaciones que tenían por objeto el sustento familiar, ni las que no importaban un enriquecimiento estricto; así, la donación de la tumba o los subsidios de la mujer para que el marido pudiera organizar juegos públicos.

Como principio general se estipulaba que toda donación efectuada entre marido y mujer era nula. El propósito que tenía era el de evitar que, uno de los cónyuges se aprovechara de la generosidad del otro, así como evitar la retribución onerosa del afecto conyugal.

La costumbre de las donaciones *ante nuptias* fue provocada por la influencia oriental, apareciendo en la época posclásica. Se oponen a las prohibidas, pues no suceden en el matrimonio, sino antes del matrimonio, jugando un papel a la par de la dote.

En el año 382 d.C., a partir de una constitución de Teodosio, surge la idea de que esas donaciones tendrán un interés directo para los hijos, después de disuelto el matrimonio. Por lo que, la mujer, no divorciada por su culpa, y, por supuesto, en caso de muerte de su marido, tenía el derecho de conservarla; pero al tener hijos, les corresponde a éstos dichos bienes, y a la mujer el usufructo de los mismos.

⁷⁴ SAINZ GOMEZ S, JOSE MARIA, Ob. Cit. p.p. 215.

Justiniano basándose en las donaciones *ante nuptias*, permite que se efectúen durante el matrimonio, surgiendo las donaciones *propter nuptias* (a propósito de las nupcias); las cuales funcionarán al margen de las restantes donaciones matrimoniales, que continuarán prohibidas, como una contradote, es decir, una "dote al revés",⁷⁵ estando asimilados sus efectos esenciales y restitutorios a las reglas que rigen para la dote.

3.11.4. Donaciones entre Cónyuges.

Estas donaciones se otorgaban por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio. Al principio, en la monarquía, estas donaciones no existían, ya que la mayoría de los matrimonios se realizaban *cum manu* y el patrimonio de la mujer pasaba a formar parte del patrimonio del paterfamilias del marido.

Cuando se inicia el matrimonio *sine manu*, las donaciones entre cónyuges se permitían y en el año 204 a.C., la *Lex Cincia* prohibía las donaciones que excedieran de cierto límite, existiendo la posibilidad de que el marido y la mujer se hiciesen liberalidades sin restricción.

Al final de la República y en el principio del Imperio, las donaciones se volvieron un poco inconvenientes, por la decadencia de la vida romana y el uso frecuente del divorcio, pues muchos romanos celebraban sus matrimonios con el fin de despojar de sus fortunas a sus esposas, abusando del amor que estas les proclamaban, principalmente utilizando la amenaza del divorcio;

⁷⁵ MARGADANT S. GUILLERMO F, Ob. Cit. Pág. 217.

Augusto declaró nulas las donaciones entre cónyuges, con el fin de preservar el matrimonio. Existían excepciones de esta prohibición, como son las donaciones *divortii causa* efectuadas al momento del divorcio y las donaciones *mortis causa* (donaciones por causa de muerte), las cuales se realizaban cuando existía un peligro grave e inminente.

La infracción de estas prohibiciones provocaba la nulidad absoluta, sin importar el procedimiento que se haya seguido para llevar a cabo las donaciones.

El donante tenía el derecho de reivindicar la cosa donada, y si ya había sido consumida, tiene una *condictio* o acción personal por enriquecimiento ilegítimo contra el donatario.

Determinando finalmente Justiniano que la donación entre cónyuges será válida cuando el donante muere sin que cambie su voluntad, en estas condiciones se tomaba como una verdadera donación entre vivos.

La jurisprudencia llegó a permitir las donaciones que no implicaban enriquecimiento para el donatario, sino las que ayudaban al sustento de alguno de los esposos o cubrieran los deberes sociales, como era el de proporcionar juegos públicos en los tiempos del Imperio.

CAPITULO IV.

DISOLUCION DEL MATRIMONIO

4.1. Causas.

Existían varias causas para disolverse el matrimonio:

a) **La muerte de uno de los cónyuges.**

Se estipulaba que el esposo podía volverse a casar de nuevo en forma inmediata, pero la mujer en cambio, tenía que esperar diez meses, para efectos de tener la certeza en la filiación paterna del hijo que naciera, bajo la pena de infamia, que ya se mencionó en el capítulo anterior.

b) **Por la *capitis deminutio* máxima de cualquiera de los cónyuges.**

Consistía en la pérdida de la libertad y si se originaba por caer en cautiverio el *Jus Postliminium* no tenía efecto. Cuando regresara el cónyuge prisionero podía nuevamente contraer matrimonio, pero no continuar con el antiguo matrimonio.

c) **Por la *capitis deminutio* media.**

Origina la pérdida de la ciudadanía romana, ya que únicamente los ciudadanos romanos podían casarse en justas nupcias. De acuerdo al derecho clásico la deportación disolvía el matrimonio.

d) Por sobrevenir un impedimento.

Esta causa se aplicaba cuando por ejemplo el padre del marido adoptaba a su nuera, convirtiéndose ésta en hermana de su esposo, por lo que se procuraba evitar el incesto (*incestus superveniens*) emancipando al hijo o hija antes de que se llevara a cabo el matrimonio.

e) Por divorcio (*divortium* o *repudium*).

Siendo la disolución de la unión matrimonial por medio de la declaración unilateral efectuada por algunos de los cónyuges.

Aquí entra la falta de *affectio maritalis* en uno de los cónyuges o en ambos, pues como ya se ha expuesto en otro capítulo, en el matrimonio se estipulaba como una unión duradera basada en el acuerdo de los cónyuges, y si faltaba esta condición, se disolvía dicho vínculo.

Desde la Monarquía ya se aceptaba el divorcio, pero los antiguos romanos lo usaban poco, después Cicerón señala que el divorcio se encontraba permitido por las XII Tablas.

En la República el divorcio era más frecuente, pues al igual que el matrimonio no necesitaba de formalidad alguna. Solo se requería un - aviso comunicado - de palabra, por escrito (*per litteras*) o por medio de un mensajero (*per nuntium*). Como consecuencia de lo anterior se provocaba que se contrajeran nupcias todas las veces que se quisiera y en el tiempo que lo desearan incitándose conductas inmorales, haciendo a un lado el principio de la monogamia que imperaba en Roma y por lo tanto se producía la poligamia.

La lex Iulia de Adulteris a partir del año 18 a.C., estableció que el repudio debería informarse por conducto de un liberto en presencia de 7 testigos (ciudadanos púberos).

A pesar de lo anterior, era válida cualquier manifestación informal para dar por terminado el matrimonio, pero no tanto para evitar las penas.

Con Constantino los emperadores cristianos comienzan la lucha en contra del divorcio por declaración unilateral (repudio) con el fin de hacerlo más difícil, obligando a establecer las causas reales del repudio y únicamente respetando la disolución por mutuo consentimiento.

4.2. Efectos del Divorcio en la Legislación Romano-Cristiana.

Más tarde en la Edad Media, el derecho canónico sigue la lucha contra el divorcio, estableciéndose que el matrimonio es indisoluble por naturaleza, pero como remedio para situaciones extremas e inaguantables, se permitía el "*divortium quoad torum et mensam, non quoad vinculum* (divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo)",⁷⁶ dispensas por no haberse consumado el matrimonio, la declaración de nulidad y el privilegio Paulino, que consistía en la facultad que tiene el cónyuge no creyente que se convierte al cristianismo, de disolver el matrimonio y contraer otro nuevo, si su consorte se negaba a hacerse cristiano o a cohabitar con él.

El divorcio por adulterio, era generalmente aceptado por la teología protestante, de acuerdo con el Evangelio de San Mateo V, 32, que se refiere a " que quien repudia a su mujer

⁷⁶ MARGADANT, GUILLERMO FLORIS, Ob. Cit. p.p. 213.

excepto el caso de fornicación - la expone al adulterio, y el que se casa con la repudiada comete adulterio.⁷⁷

Para el Derecho Canónico, existe un principio fundamental en cuanto al vínculo conyugal, tal y como lo expresa " el canon 1118 del Código del mencionado derecho. Dice: "El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte."⁷⁸ Con lo anterior, podemos entender que la Iglesia condenaba totalmente el divorcio por causas diferentes a la de la muerte. En cánones posteriores nos hablan de la nulidad del matrimonio y de la separación del lecho y habitación, permitiéndose solo esta última, en casos especiales, como lo es el adulterio, pues así lo expresa el canon número 1129, que dice: "Por el adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper, aún para siempre, la vida en común, a no ser que él haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido."⁷⁹ Es importante entender que la condonación tácita existe, cuando el cónyuge inocente, después de tener conocimiento y certeza del adulterio, convive con el otro cónyuge con afecto marital, y si en un plazo de seis meses no se apartó del cónyuge adultero, ni lo abandonó, ni lo acusó en forma legítima.

Pero también este código considera otras causas de separación que no son tan graves, como lo marca el canon 1131, "Si uno de los cónyuges da su nombre a una recta acatólica; si educa acatólicamente a los hijos; si lleva una vida de vituperio o de ignominia, si es causa grave de peligro para el alma o para el cuerpo del otro; si con sus sevicias hace la vida en común demasiado difícil; esto y otras cosas semejantes son todas ellas causas

⁷⁷ BIBLIA, Antiguo Testamento.

⁷⁸ PALLARES EDUARDO, El Divorcio en México, Edit. Porrúa, México. 1984, Pág. 21.

⁷⁹ IDEM. p.p. 22.

legítimas para que el otro cónyuge pueda separarse con autorización del Ordinario o que haya pasado el tiempo".⁸⁰

En estos casos, al cesar la causa de la separación, debe regresar a la comunión de la vida; pero al ser decretada la separación por el Ordinario para un tiempo determinado o indeterminado, el esposo inocente no se encuentra obligado a ella, a excepción de que exista un Decreto del Ordinario o que se haya pasado el tiempo.

Respecto a los hijos, el Derecho Canónico siempre vela por una educación católica, pues al momento de la separación, los hijos se deberían educar con el cónyuge inocente, y si este no era católico, sería al lado del cónyuge católico, a no ser de que el Ordinario haya decretado otra cosa respecto al bien de los mismos hijos, dejando siempre a salvo su educación católica.

Aunque esto último sería injusto para el cónyuge inocente y no católico, pues perdería la patria potestad sobre los hijos, aún sin haber incurrido en alguna causa de separación.

Ya para nuestra época, en virtud de la secularización del derecho matrimonial, es aceptado el divorcio por causas enumeradas en la ley, el divorcio por mutuo consentimiento y en algunos países como Uruguay, la repudiación unilateral.

4.3. El Divorcio en el Derecho Justiniano.

Con Justiniano se dan cuatro clases de divorcios, sin que en ninguno se necesitara una sentencia judicial. Teniendo su regulación en las Novelas 22, año 535 y 117, año 542.

⁸⁰ PALLARES EDUARDO, Ob. Cit. p.p. 23.

A) **Por mutuo consentimiento (communi consensu)**, se da cuando existe acuerdo común entre marido y mujer.

B) **Divortium ex iust causa**, por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley (repudio o divorcio unilateral). Aquí existían varias causas justas para que se considerara lícito este divorcio, como son:

- “Conjura contra el emperador.
- Adulterio de la mujer.
- Las malas costumbres de la mujer.
- El alejamiento de la casa del marido.
- Las insidias al otro cónyuge.
- La falsa acusación de adulterio por parte del marido.
- El lenocinio intentado por el marido.
- El comercio carnal frecuente del marido con otra mujer dentro o fuera de la casa conyugal”.⁸¹

C) **Divortium sine causa**, era sin mutuo consentimiento y sin causa legal, en este caso el divorcio es válido, pero existe un castigo del esposo que insistió en la disolución (minus quam perfecta). Es de manera unilateral y no está justificado por la ley.

C) **Bona gratia**, esta disolución no se basa en la culpa de alguno de los cónyuges, sin embargo se funda en las circunstancias que harían inútil la continuidad del matrimonio, como sería la impotencia, cautividad prolongada y voto de castidad.

⁸¹ SAINZ GOMEZ S. JOSE MARIA, Ob. Cit. p.p. 205.

La legislación justiniana contenía en materia de divorcio las siguientes reglas:

- El divorcio por mutuo consentimiento fue prohibido por la novela 117 y restablecido por Justino II en su novela 140.
- Es legítima la separación fundada en causa justa.
- El repudium es legítimo cuando se encuentra fundado en la mala conducta de uno de los cónyuges para con el otro, por ejemplo; cuando la mujer se baña o come con hombres extraños, cuando la mujer da muerte a su marido, cuando el marido atenta en contra de la vida de la mujer, cuando el marido cometa adulterio y mantenga a la adúltera.

En este período se dictan nuevas restricciones en esta materia, donde también se castiga el divorcio por mutuo consentimiento, por sine causa y por culpa del cónyuge demandado en los casos que la ley señalaba, que consistía en la pérdida de la dote y de la donación nupcial o bien de la cuarta parte de los bienes cuando éstos no se hubieran constituido. En el primer supuesto los bienes eran entregados a los hijos, a los ascendientes o al convento. Pero para su época va más allá de lo permitido, por lo que su sucesor Justino II, tiene que derogar las disposiciones dictadas referentes al divorcio por *communi consensu*.

En la época de Augusto, se estableció cierta limitación a la libertad del divorcio, ya en la época cristiana, se inicia una fuerte reacción contra la libre facultad de disolver el matrimonio, aunque sin llegar a negar la validez del matrimonio.

CAPITULO V.

ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL MATRIMONIO EN ROMA Y EL DERECHO CIVIL VIGENTE.

5.1. La Ley de las Relaciones Familiares.

A principios del siglo XX, todavía se reflejaban las ideas romanas en donde los privilegios y poder de mando lo tenía el marido.

Pero al concluir la Revolución Mexicana se dan a conocer reformas políticas y jurídicas, dándose un cambio trascendental en los valores morales que tenía la sociedad mexicana.

Con Venustiano Carranza se considera la necesidad de expedir nuevas bases para la familia las cuales fueran " racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, de propagar la especie y fundar a la familia".⁸² Con lo que se estableció, que la mujer tenía los mismos derechos que su cónyuge en el seno del hogar.

Por primera vez, en el Informe del Primer Constitucionalista se manifestó la igualdad entre un hombre y una mujer, concediéndole a ésta capacidad para contratar y obligarse, sin perjuicio para su matrimonio. Por otro lado, se estableció el matrimonio como un contrato al instituirse el divorcio.

⁸² CARRANZA, VENUSTIANO, Ley Sobre Relaciones Familiares, Talleres Gráficos de la Nación, México. 1936. p.p. 3.

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

Como ya se ha dado a entender, el matrimonio tuvo un cambio total con la Ley de Relaciones Familiares, al establecerse como un "contrato civil entre un hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble".⁸³ Con lo anterior, podemos decir, que el divorcio viene a ser un medio jurídico para disolver el vínculo matrimonial durante la vida de los consortes. Dejándolos en "aptitud de contraer otro".⁸⁴

El divorcio fue instituido por la disposición de la Ley del 29 de diciembre de 1914, en donde se establece como divorcio vincular y que posteriormente se incluye en la Ley de Relaciones Familiares de 1917.⁸⁵

La ley en desarrollo contempla la promesa de matrimonio, como una obligación para celebrar el contrato.⁸⁶ Como el matrimonio era realizado en forma libre y espontánea, la promesa no tenía fuerza jurídica, no se podía obligar a cumplir un matrimonio pues se iría en contra de la propia naturaleza.

La reglamentación de 1880 y de 1884, al igual que la Ley que se comenta, regularon "que los hijos de ambos sexos que no hayan cumplido veintiún años no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres o cuando éstos no existan el de los abuelos, tutores, o en su caso el del Juez de Primera Instancia".⁸⁷

⁸³ IDEM. Ob. Cit. Artículo 13.

⁸⁴ IDEM. Artículo 75.

⁸⁵ GALINDO GARFIAS, IGNACIO, Derecho Civil, Edit. Porrúa, México. 1982. Pág. 108.

⁸⁶ CARRANZA, VENUSTIANO, Ob. Cit. Artículo 14.

⁸⁷ IDEM. Artículo 19 y 20.

Con esta Ley, la mujer obtiene igualdad respecto al hombre, ya que adquiere autoridad y consideraciones iguales respecto a la educación y establecimiento de los hijos, así como la administración de sus bienes.

Por otro lado, la mujer al ser mayor de edad tiene "capacidad para administrar sus bienes, comparecer en juicio sin licencia del marido, y para contratar en relación con sus bienes".⁸⁸

En los Códigos de 1870 y 1884, se reguló la figura de los hijos ilegítimos. Con la Ley de Relaciones Familiares desapareció esa diferencia, pero por otra parte, no reguló la adopción como fuente de parentesco al igual que los códigos mencionados.

Esta Ley revolucionaria, comprende un profundo valor y sinceridad por crear el rompimiento de una sociedad compuesta por creencias, de sentimientos, ideas y costumbres adquiridas de la dominación española.

En otras palabras, se entiende que para dicha sociedad al haberse regulado el divorcio, provoca que el matrimonio se siguiera tomando como una Institución Social, para convertirse en un contrato privado de fácil disolución, por lo que su publicación no tuvo importancia y como consecuencia no tiene ninguna trascendencia para el país en ese año de 1917.

La Ley de Relaciones Familiares determinó el divorcio vincular, suprimiendo la potestad marital y concediendo una nueva organización a la familia sobre nuevas bases.

⁸⁸ **IDEM.** Artículos 45,46 y 47.

5.2. El Código Civil Vigente en el Distrito Federal.

En la actualidad el tema relacionado a la familia, ha tenido gran importancia, pues el gobierno ha procurado poner mas atención y cuidado para la mejor integración de la familia, por lo anterior, fue necesario estudiar a fondo la legislación civil que operaba, y a consecuencia de esto, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, del día 25 de mayo del año 2000, se publicó un decreto por el cual fueron derogados, reformados y adicionados, diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, aclarando que para el ámbito de aplicación del fuero común, se denominará Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo que en este capitulo, hablo de la regulación existente de las diferentes figuras jurídicas que ya se han tratado anteriormente, las cuales se encuentran contempladas en el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Resulta relevante mencionar que fue adicionado el título cuarto bis, "De la Familia", Capítulo único; el cual trata de las disposiciones generales acerca de esta institución, y en virtud de su importancia, me permito transcribir a continuación:

" Artículo 138 Ter.- Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respecto a su dignidad.

Artículo 138 Quáter.- Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

Artículo 138 Quintus.- Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

Artículo 138 Sextus.- *Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares*".⁸⁹

El capítulo correspondiente a los esponsales fue derogado en su totalidad, se encontraba conformado de los Artículos 139 al 145 y probablemente la causa principal fue que esta figura jurídica en la actualidad era poco usual, pues como hemos visto en el desarrollo de este tema, tanto las organizaciones como las instituciones que surgían, al ir cayendo en desuso, terminaban por desaparecer.

El capítulo II, establece los requisitos para contraer matrimonio, estableciendo su concepto en primer lugar de la siguiente forma:

"Artículo 146.- *Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esa ley exige.*

5.2.1. REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

Artículo 148.- *Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.*

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años.

Artículo 153.- *Quien ejerza la patria potestad, o el tutor que ha prestado su consentimiento firmando la solicitud respectiva y ratificándola ante el Juez del Registro Civil, no puede revocarlo después, a menos que haya causa justa para ello.*

Artículo 154.- *Si el que ejerce la patria potestad, o tutor que ha firmado o ratificado la solicitud de matrimonio falleciere antes de que se celebre, su consentimiento no puede ser revocado*

⁸⁹ CODIGO CIVIL para el Distrito Federal, Sista, México. Pág. 18.

por la persona que; en su defecto tendría el derecho de otorgarlo, pero siempre que el matrimonio se verifique dentro del término fijado en el artículo 101.*

Artículo 155.- El Juez de lo Familiar que hubiere autorizado a un menor para contraer matrimonio, no podrá revocar el consentimiento, sino por causa superveniente".⁹⁰

Así como en Roma existían impedimentos para la celebración del matrimonio, nuestra legislación estipula los siguientes:

"Artículo 156.- Son impedimentos para celebrar matrimonio:

I.- La falta de edad requerida por la Ley;

II.- La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos;

III.- El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que queda libre,

* (8 días)

⁹⁰ IDEM. Págs 18-19.

VII.- La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;

VIII.- La impotencia incurable para la cópula;

IX. - Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;

X.- Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

XI.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer, y

XII.- El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX.

En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

La fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente.

La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.

Artículo 157.- *Bajo el régimen de adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes.*

Artículo 159.- El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el **presidente municipal*** respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

Artículo 160.- Si el matrimonio se celebrare en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior, el juez nombrará inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene dispensa.

Artículo 161.- Los mexicanos que se casen en el extranjero, se presentarán ante el Registro Civil para la inscripción de su acta de matrimonio dentro de los primeros tres meses de su radicación en el Distrito Federal".⁹¹

Como ya hemos visto en el desarrollo del presente trabajo, del matrimonio se derivan derechos y obligaciones, algunos para ambos cónyuges, y otras exclusivas de uno en particular, por lo que nuestra legislación civil en el CAPITULO III, contempla los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, estipulando que:

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

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

*Cabe mencionar que en el Distrito Federal no existe este cargo, error debido a que anteriormente, la aplicación era en el ámbito federal.

⁹¹ IDEM. Págs.19-20.

Artículo 163.- 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.

Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud e integridad.

Artículo 164.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según las 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 e esos gastos.

Artículo 164 bis.- El desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar.

Artículo 168.- Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideración iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.

Artículo 169.- Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 172.- Los cónyuges mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos

corresponden; sin que para tal objeto necesite uno de los cónyuges el consentimiento del otro, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes.

Artículo 173.- *Los cónyuges menores de edad tendrán la administración de sus bienes conforme a lo establecido en el artículo que precede, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales, en los términos de lo dispuesto por el artículo 643 de este ordenamiento.*

Artículo 176.- *El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto a régimen de separación de bienes.*

Artículo 177.- *Los cónyuges durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro, pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio".⁹²*

Para establecer la propiedad de los bienes en el matrimonio, nuestra legislación contempla el régimen de **Sociedad Conyugal o Separación de Bienes.**⁹³

Estos regímenes se establecen en las capitulaciones matrimoniales, que simplemente son los pactos que celebran los esposos para reglamentar la administración de sus bienes.

Las capitulaciones matrimoniales pueden celebrarse antes o durante el matrimonio, pueden modificarse durante el matrimonio ante el Juez de lo familiar y se pueden incluir los bienes actuales y los que se adquieran después.

⁹² IDEM. Págs. 20-21.

⁹³ IDEM. Págs. 22-26.

Los menores de edad que puedan contraer matrimonio, también pueden otorgar capitulaciones, las cuales solo serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas que dieron el consentimiento para la celebración del matrimonio.

5.2.2. SOCIEDAD CONYUGAL

Por regla general, los bienes forman parte de la sociedad conyugal, es decir, ambos cónyuges son dueños de dichos bienes, siempre al 50% cada uno. Pero existen excepciones, ya que en este régimen de sociedad conyugal, también los bienes son propios de cada cónyuge, salvo pacto en contrario que conste en las capitulaciones matrimoniales:

I. Los bienes y derechos que le pertenezcan al tiempo de celebrarse el matrimonio, y los que posea antes de este, aunque no fuera dueño de estos, si los adquiere por prescripción durante el matrimonio;

II. Los bienes que adquiera después de contraído el matrimonio por herencia, legado, donación o don de la fortuna;

III. Los bienes adquiridos por cualquier título propio que sea anterior al matrimonio aunque la adjudicación se haya hecho después de la celebración de éste; siempre que todas las erogaciones que se generen para hacerlo efectivo, corran a cargo del dueño de éste;

IV. Los bienes que se adquieran con el producto de la venta o permuta de bienes propios;

V. Objetos de uso personal;

VI. *Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio, salvo cuando estos integren o pertenezcan a un establecimiento o explotación de carácter común. No perderán el carácter de privativos por el hecho de haber sido adquiridos con fondos comunes, pero en este caso el otro cónyuge que los conserve, deberá pagar a otro en la proporción que corresponda; y*

VII. *Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, tendrán el carácter de privativo cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero propio del mismo cónyuge, se exceptúa la vivienda, enseres y el menaje familiares".⁹⁴*

La ley concede el derecho a ambos cónyuges de administrar sus bienes, si existe pacto en contrario, deberán establecerse las condiciones en las capitulaciones matrimoniales.

La sociedad conyugal siempre deberá regirse por las capitulaciones matrimoniales y cuando no estuviere expresamente estipulada su constitución, se regirá por las disposiciones generales de la sociedad conyugal, **mismas que ya han sido mencionadas anteriormente.**

Los bienes que se adquieran durante el matrimonio formarán parte de la sociedad conyugal salvo pacto en contrario.

La sociedad conyugal nace con la celebración del matrimonio o durante éste y podrán comprender, entre otros, los bienes que sean dueños los otorgantes al formarla.

⁹⁴ IDEM. Pág.22.

Las capitulaciones matrimoniales deberán de constar en escritura pública cuando los otorgantes pacten hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de bienes que ameriten tal requisito para que la traslación sea válida, si hubiere alteración alguna en las capitulaciones, deberá también otorgarse en escritura pública, haciendo la anotación respectiva en el protocolo en que se otorgaron las primeras capitulaciones y en la inscripción del Registro Público de la Propiedad. Sin estos requisitos, las alteraciones no producirán efecto contra terceros.

Durante el matrimonio la sociedad conyugal se puede dar por terminada, siempre y cuando lo hayan convenido los cónyuges; pero si éstos son menores de edad, deben intervenir tanto en la modificación, como en la disolución de la sociedad, las personas que dieron su consentimiento para la celebración del matrimonio.

También se puede dar por terminada la sociedad conyugal durante el matrimonio, cuando a petición de alguno de los cónyuges, tuvieren los siguientes motivos:

I.- Si uno de los cónyuges por su notoria negligencia en la administración de los bienes, amenaza arruinar al otro o disminuir considerablemente los bienes comunes;

II.- Cuando uno de los cónyuges, sin el consentimiento expreso del otro, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal a sus acreedores;

III.- Si uno de los cónyuges es declarado en quiebra, o en concurso; y

*IV.- Por cualquiera otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente”.*⁹⁵

⁹⁵ IDEM, Artículo 188.

Cuando el régimen matrimonial se basa en la sociedad conyugal, las capitulaciones matrimoniales deben de contener:

- "I. La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;*
- II. La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;*
- III. Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ella o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;*
- IV. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;*
- V. La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;*
- VI. La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;*
- VII. La declaración acerca de que si ambos cónyuges o sólo uno de ellos administrará la sociedad, expresándose con claridad las facultades que en su caso se concedan;*

VIII. *La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en que proporción;*

IX. *La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna; y*

X. *Las bases para liquidar la sociedad*".⁹⁶

No está permitido renunciar anticipadamente a las ganancias que resulten de la sociedad conyugal; pero una vez disuelto el matrimonio, modificadas las capitulaciones o establecida la separación de bienes, los cónyuges pueden renunciar a las ganancias que les correspondan.

Como ya hemos mencionado, ambos cónyuges tienen el dominio de los bienes comunes mientras subsista la sociedad conyugal. La administración quedará a cargo de quien los cónyuges hubiesen designado en las capitulaciones matrimoniales, estipulación que podrá ser libremente modificada, sin necesidad de expresión de causa, y en caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente.

Cuando un cónyuge haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa o negligencia, perderá su derecho a la parte correspondiente de dichos bienes a favor del otro cónyuge. En caso de que los bienes dejen de formar parte de dicha sociedad de bienes, el cónyuge culpable deberá pagar al otro la parte que le corresponda de dichos bienes, así como los daños y perjuicios que se le ocasionen.

⁹⁶ IDEM, Artículo 189.

Al declararse por medio de sentencia la ausencia de alguno de los cónyuges, modifica o suspende la sociedad conyugal en los casos que señala la ley.

Además de los casos señalados en el artículo 188 de la ley citada, la sociedad conyugal también se puede dar por terminada, cuando:

- a) Existe abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal, por uno de los cónyuges, cesando desde el momento del abandono cualquier derecho derivado de la sociedad conyugal en cuanto le favorezca, y solo por convenio expreso, se podrán restituir dichos derechos; y,
- b) Cuando por sentencia exista la declaración de presunción de muerte del cónyuge que se ausentó.

Para el caso de que exista nulidad en el matrimonio, se observará lo siguiente:

" I. Si los cónyuges procedieron de buena fe, la sociedad conyugal se considera subsistente hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria y se liquidará conforme a lo establecido en las capitulaciones matrimoniales;

II. Si los cónyuges procedieron de mala fe, la sociedad se considera nula desde la celebración del matrimonio, quedando en todo caso a salvo los derechos que un tercero tuviere contra el fondo común. Los bienes y productos se aplicarán a los acreedores alimentarios y si no los hubiere, se repartirán en proporción de lo que cada cónyuge aportó; y

III. Si uno solo de los cónyuges tuvo buena fe, la sociedad subsistirá hasta que cause ejecutoria la sentencia, si la continuación le es favorable al cónyuge inocente; en caso

contrario, se considerará nula desde un principio. El cónyuge que hubiere obrado de mala fe no tendrá derecho a los bienes y las utilidades; éstas se aplicarán a los acreedores alimentarios y, si no los hubiere, el cónyuge inocente".⁹⁷

Al disolverse la sociedad, se hará un inventario, en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal o de trabajo de los cónyuges, que sean de éstos o de sus herederos. Una vez terminado el inventario, se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, y el sobrante, si hubiere, se dividirá entre los cónyuges en los términos pactados en las capitulaciones matrimoniales, y a falta u omisión de éstas, se hará conforme a lo dispuesto por las disposiciones generales de la sociedad conyugal. En caso de existir pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada cónyuge en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno sólo llevó el capital, de éste se deducirá la pérdida total.

Al morir uno de los cónyuges, el que sobreviva continúa con la posesión y administración del fondo social, con la intervención del representante de la sucesión mientras no se verifique la partición.

Lo relativo a la formación de inventarios y solemnidades de partición y adjudicación de los bienes, se deberá regir por lo establecido en la legislación civil, tanto adjetiva como sustantiva, ambas en materia de sucesiones.

No está permitido que un cónyuge pueda, sin el consentimiento del otro, vender, rentar y enajenar, ni en todo, ni en parte los bienes comunes, salvo en los casos del cónyuge abandonado, cuando necesite de éstos por falta de suministro de alimentos para sí o para los hijos, previa autorización judicial.

⁹⁷ IDEM, Artículo 198.

5.2.3. DE LA SEPARACION DE BIENES⁹⁸

Existe la separación de bienes, cuando se establece en las capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación comprende los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, así como los que adquieran después.

Nuestra legislación contempla la separación de bienes absoluta o parcial, el segundo caso existe cuando los bienes que no están comprendidos en las capitulaciones de separación, deberán de ser objeto de la sociedad conyugal que deberán de constituir los esposos.

También el régimen de separación de bienes puede terminar o ser modificado durante el matrimonio, si así lo convienen los esposos, recordando que cuando son menores de edad, debe de existir el consentimiento de las personas que dieron su consentimiento para la celebración del matrimonio.

No es indispensable que las capitulaciones en que se pacte la separación de bienes, consten en escritura pública antes de la celebración del matrimonio. Si se pactan durante el matrimonio, aplicarán las formalidades que exige la transmisión de los bienes de que se trate.

Por otro lado, hay que mencionar que las capitulaciones de separación de bienes, deberán de contener un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo a la celebración del matrimonio, anotando claramente las deudas que tuviere cada consorte en ese momento.

⁹⁸, IDEM, CAPITULO VI, Artículos 207-217.

Los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, y por lo tanto, todos los frutos y accesiones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos. Dichos bienes deberán ser empleados principalmente para satisfacer los alimentos de su cónyuge y de sus hijos, si los hubiere; en caso de que se les deje de proporcionar injustificadamente, éstos podrán recurrir al Juez de lo Familiar, a efecto de que les autorice la venta, gravamen o renta, para satisfacer sus necesidades alimentarias.

Son propios de cada cónyuge, los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtengan por servicios personales, por desempeño de un empleo, ejercer su profesión, comercio o industria.

Los bienes adquiridos en común por los cónyuges, ya sea por donación, herencia, legado, o por cualquier otro título gratuito, inclusive por don de la fortuna, mientras se hace la división, deberán ser administrados por ambos esposos, y en caso de previo acuerdo, por uno solo, que solo tendrá el carácter de mandatario.

En ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio, los esposos podrán cobrarse retribución u honorario alguno por servicios personales que se presten; excepto cuando por ausencia o impedimento del otro, se encargara temporalmente de la administración de los bienes del impedido o ausente, teniendo derecho a la retribución por ese servicio en proporción a la importancia y resultado que obtenga.

Los esposos al ejercer la patria potestad, se dividirán entre sí, por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede.

5.2.4. DE LAS DONACIONES ANTENUPCIALES⁹⁹

La ley estipula en que términos proceden las donaciones antenupciales, no sin antes establecer su definición.

“ Artículo 219.- Son donaciones antenupciales:

Las realizadas antes del matrimonio entre los futuros cónyuges, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado; y

Las que un tercero hace a alguno o ambos de los futuros cónyuges, en consideración al matrimonio.

Será inoficiosa la donación cuando exista exceso, ya que las donaciones antenupciales entre futuros cónyuges, aunque fueren varias, no podrán exceder reunidas de la sexta parte de los bienes del donante.

Para calcular si es inoficiosa una donación antenupcial, el futuro cónyuge donatario y sus herederos tienen la facultad de elegir la época en que se hizo la donación o la del fallecimiento del donador, con excepción de que al hacerse la donación no se haya hecho inventario de los bienes del donador, no se podrá elegir la época en que la donación se otorgó.

Existen algunas características de las donaciones antenupciales, ya que:

- a) No necesitan para su validez de aceptación expresa,
- b) No se revocan por sobrevenir hijos al donante,
- c) No se revocarán por ingratitud, a no ser que el donante fuere un extraño, que la donación haya sido hecha a ambos esposos y que los dos sean ingratos.

⁹⁹IDEM, Pág. 27.

Las donaciones antenuptiales hechas entre los futuros cónyuges pueden ser revocadas durante el matrimonio, cuando el donatario realice conductas de adulterio, violencia familiar, abandono de las obligaciones alimentarias u otras que sean graves a juicio del Juez de lo Familiar, cometidas en perjuicio del donante o sus hijos.

Las donaciones antenuptiales quedarán sin efecto si el matrimonio no se lleva a cabo.

Los donantes tienen el derecho de exigir la devolución de lo que hubieren dado con motivo del matrimonio a partir del momento en que tuvo conocimiento de la suspensión de éste".¹⁰⁰

Respecto a las **donaciones entre consortes**,¹⁰¹ nuestra legislación determina que serán permitidas siempre y cuando no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios.

Para que exista la declaración de nulidad de un matrimonio deben de existir las siguientes causas:

- I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndolo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;
- II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y
- III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103".¹⁰²

¹⁰⁰ IDEM, Pág.27.

¹⁰¹ IDEM, Artículo 232 al 234.

¹⁰² IDEM, Artículo 235.

Cuando existe el error, sólo puede deducirse por el cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error dentro de los treinta días siguientes a que lo advierte, se tiene por ratificado el consentimiento y queda subsistente el matrimonio, a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule.

Si los cónyuges son menores de edad, dejará de ser causa de nulidad cuando el menor hubiere llegado a los dieciocho años y ni él ni su cónyuge hubieren intentado la nulidad.

La nulidad fundada en la falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad, sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento y dentro de treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio.

También puede cesar la causa de nulidad respecto a la falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad cuando:

I. Si han pasado los treinta días sin que se haya pedido;

II. Si dentro de este término, los que ejercen la patria potestad han consentido expresamente en el matrimonio, o tácitamente, haciendo donación a los hijos en consideración al matrimonio, recibiendo a los consortes a vivir en su casa, presentando a la descendencia como de los cónyuges en el Registro Civil o practicando otros actos que, a juicio del Juez de lo Familiar, sean tan conducentes al efecto, como los expresados".¹⁰³

Cuando se alegue la falta de consentimiento del tutor o del juez, la nulidad podrá pedirse dentro de treinta días por cualquiera de los cónyuges o tutor; pero ésta causa de nulidad podrá cesar si antes de la presentación de la demanda formal, se obtiene la ratificación del tutor o autorización judicial confirmando el matrimonio.

¹⁰³ IDEM, Artículo 239.

En el caso del parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, pero deja de ser causa de nulidad, si antes de declararse ejecutoriada la resolución de nulidad, se obtiene dispensa, en los casos que proceda dicha dispensa.

Al concurrir la acción de nulidad proveniente del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre, puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima del atentado, o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses, contados desde que tuvieron conocimiento del nuevo matrimonio.

La violencia física y moral son causa de nulidad del matrimonio, bajo las siguientes circunstancias:

“ I. Que importe peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes.

II. Que haya sido causada al cónyuge, a la persona o personas que la tenían bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, a sus demás ascendientes, a sus descendientes, hermanos o colaterales hasta el cuarto grado; y

III. Que haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio”.¹⁰⁴

La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado, dentro de sesenta días contados desde la fecha en que cesó la violencia.

La acción de nulidad fundada en la impotencia incurable para la cópula y padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, deberá

¹⁰⁴ IDEM, Artículo 245.

ejercitarse por los cónyuges dentro de los sesenta días siguientes, contados desde que se celebró el matrimonio.

El padecimiento de algunos estados de incapacidad, también procede la nulidad de matrimonio, teniendo derecho a pedirla el otro cónyuge, el tutor del interdicto, el curador, el Consejo Local de Tutelas o el Ministerio Público.

El vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo anula éste, aunque exista buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos y por los cónyuges que contrajeron el segundo. En caso de no hacerlo dichas personas, la ejercerá el Ministerio Público.

Los cónyuges y cualquiera que tenga interés en probar que no existe el matrimonio, pueden alegar la nulidad que se funde en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, aunque también podrá declararse esa nulidad a instancia del Ministerio Público.

Cuando se declara ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad, el tribunal, de oficio, enviará copia certificada de ella al juez del Registro Civil ante quien pasó el matrimonio, para que al margen del acta ponga nota circunstanciada en que conste: la parte resolutive de la sentencia, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marcó la copia, la cual será depositada en el archivo.

Declarada la nulidad del matrimonio, se procederá a la división de los bienes comunes. Al proceder los cónyuges de buena fe, la sociedad conyugal subsiste hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria, liquidándose conforme a lo establecido en las capitulaciones matrimoniales. Cuando haya existido mala fe, la sociedad es nula desde la celebración del

matrimonio, quedando a salvo los derechos de quien tuviere derecho sobre el fondo común. Los bienes y productos se aplicarán a los acreedores alimentarios, en caso de no existir éstos, se dará en proporción de lo que cada cónyuge aportó.

Si solo uno de los cónyuges actúa de buena fe, la sociedad existe hasta que se dicte la sentencia ejecutoria, si fuere favorable al cónyuge inocente; en caso contrario, será nula desde el principio. Cuando uno de los cónyuges actúa de mala fe no tendrá derecho a los bienes y utilidades; estas serán aplicadas a los acreedores alimentarios; si no existen, al cónyuge inocente.

“Declarada la nulidad del matrimonio, se observarán respecto de las donaciones antenuptiales, las reglas siguientes:

- I. Las hechas por un tercero a los cónyuges podrán ser revocadas;
- II. Las que hizo el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto y las cosas que fueron objeto de ellas se devolverán al donante con todos sus productos;
- III. Las hechas al inocente por el cónyuge que obró de mala fe quedarán subsistentes;
- IV. Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones que se hayan hecho, quedarán a favor de sus acreedores alimentarios. Si no los tienen, no podrán hacer los donantes reclamación alguna con motivo de la liberalidad”.¹⁰⁵

¹⁰⁵ IDEM, Artículo 262, pág. 30.

5.2.5. EL CONCUBINATO¹⁰⁶

Nuestra legislación actualmente contempla la figura del concubinato en el Capítulo XI, desde el artículo 291 Bis al 291 Quintus; debido a las reformas hechas también a este capítulo, la concubina y el concubinario tendrán derechos y obligaciones recíprocos, siempre y cuando no existan impedimentos legales para contraer matrimonio, y hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones que estipula la ley al respecto.

No es necesario que transcurra el periodo de dos años, pues reunidos los demás requisitos y tengan un hijo en común, se reputará concubinato.

No existe concubinato cuando se establezca con una misma persona varias uniones del tipo mencionado. El concubinario que haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

En lo que fuere aplicable, el concubinato se regirá por todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia.

Esta figura jurídica genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en el código vigente o en otras leyes.

Cuando cesa la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tendrá derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio con otra persona.

⁰⁶ IDEM, Capítulo XI, págs. 36 y 37.

Pudiéndose ejercer este derecho, únicamente durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

Como nos hemos dado cuenta, la figura jurídica del concubinato ha sido equiparada a la del matrimonio, en consecuencia de las reformas efectuadas con fecha 25 de mayo del año 2000 a nuestra legislación civil; situación que resulta hasta cierto punto preocupante, ya que se está brindando una gran facilidad al hombre y mujer de convivir y cohabitar juntos, para que en el momento que lo deseen estén en la plena disposición de abandonarse y buscar una nueva pareja, sin reparar en los daños que puedan ocasionar a terceros, que en estos casos son los hijos.

A pesar de existir actualmente una apertura moral en nuestra sociedad, desde mi particular punto de vista, no podemos pasar por alto lo que acontece, pues cotidianamente vemos cuantos menores de edad están en un total abandono, y no solo económicamente, pues al carecer de la figura paterna o materna, si no se sabe manejar en forma adecuada dicha situación, tendrá consecuencias psicológicas y morales graves en la vida adulta.

Es difícil comprender que las personas encargadas de luchar por los intereses de la gente que los llevó al poder, no puedan hacer algo positivo por la sociedad, tienen en sus manos el poder de crear, modificar o abrogar leyes, y cuando lo hacen, parece que no piensan o analizan las consecuencias que se generan con la expedición o reformas de una ley.

En fin, quiero cerrar este capítulo diciendo que no estoy en contra del concubinato, siempre y cuando se asuman con responsabilidad las consecuencias que puedan resultar en algunos casos, hecho que viene siendo también una repercusión actual.

5.2.6. DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

El Código Civil vigente, estipula la forma legal en se podrá disolver el vínculo matrimonial, y se lleva acabo mediante el divorcio, dejando a los cónyuges en libertad para contraer nuevas nupcias.

Existen dos tipos de divorcio: el divorcio voluntario y el divorcio necesario. En primer lugar, señalaremos que el divorcio voluntario, es el que se solicita de común acuerdo por los cónyuges, es decir, existe el mutuo consentimiento y se puede tramitar de forma administrativa o judicial, dependiendo de las circunstancias del matrimonio.

5.2.6.1. DIVORCIO ADMINISTRATIVO.¹⁰⁷ Regulado por el artículo 272 del Código Civil vigente.

Existe cuando los cónyuges dispuestos a disolver el vínculo matrimonial, sean mayores de edad, no tengan hijos, en caso de que hubieren, que sean mayores de edad y no requieran de alimentos o alguno de los cónyuges, si existe sociedad conyugal, la hayan liquidado de común acuerdo, la cónyuge no esté embarazada; se deberán presentar ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán que son casados y mayores de edad, manifestando su voluntad de divorciarse. El Juez del Registro Civil una vez reunidos los requisitos señalados, levantará un acta para que conste la voluntad de divorciarse por parte de los cónyuges, acta que deberá de ser ratificada quince días después de haber sido levantada. Al ser ratificada la solicitud de divorcio, el Juez declarará disuelto el matrimonio, levantando un acta que lo certifique y ordenará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

¹⁰⁷ IDEM, Pág. 32.

Al no cumplirse alguno de los requisitos señalados anteriormente, entonces no surtirá efectos legales, y se aplicarán las penas que establece la ley.

5.2.6.2. DIVORCIO VOLUNTARIO.-¹⁰⁸ Este procedimiento se encuentra regulado por los artículos 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal, procede cuando no se reúnan los requisitos señalados anteriormente, debiendo acudir los cónyuges que hayan convenido divorciarse, ante el Juez de lo Familiar, y deberán comprobar que ha transcurrido un año o más de haberse celebrado el matrimonio, exhibiendo copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores, acompañando también un convenio que deberá contener:

I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos de comunicar los

¹⁰⁸ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Edit. Sista, México, 2001, págs. 112-113.

cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;

V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;

VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y

VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos".¹⁰⁹

Después de ocho días y antes de quince días siguientes a la presentación de la solicitud de divorcio, ante la autoridad competente, se citará a los cónyuges a una primera cita, así como al representante del Ministerio Público, con el fin de que el Juez de lo Familiar exhorte a los interesados a una posible reconciliación, en caso de no avenirlos, oyendo al representante del Ministerio Público se aprobará provisionalmente el convenio presentado por los cónyuges, respecto a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y sus alimentos, y de los que un cónyuge debe dar al otro mientras dura el procedimiento, dictando las medidas de aseguramiento necesarias.

Si insisten los cónyuges en su propósito de divorciarse, se les citará por segunda vez, en donde se les volverá a exhortar a una reconciliación, si no se logra el desistimiento y en el convenio quedan garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal,

¹⁰⁹ CODIGO CIVIL, ART. 273.

oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto dictará sentencia, declarando la disolución del vínculo matrimonial y se decidirá sobre el convenio presentado.

Cuando el cónyuge es menor de edad, necesitará de un tutor especial para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento. Es requisito indispensable que los cónyuges se presenten en forma personal a las dos juntas de exhortación para una posible reconciliación, pues no se permite que se hagan representar por procurador.

Cuando los cónyuges dejan pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal podrá declarar sin efecto la solicitud presentada, ordenando archivar el expediente.

Al oponerse el Ministerio Público a la aprobación del convenio presentado por los cónyuges, por considerar que viola los derechos de los hijos o no han quedado bien garantizados, podrá proponer las modificaciones que estime procedentes y el Juez lo hará saber a las partes, para que dentro del término de tres días, manifiesten si aceptan las modificaciones.

En caso de que no sean aceptadas las modificaciones, el Juez resolverá por medio de sentencia lo que proceda conforme a la ley, quedando debidamente garantizados los derechos de los hijos. Cuando el convenio no se apruebe, no se podrá decretar la disolución del vínculo matrimonial.

Una vez ejecutoriada la sentencia del divorcio, se mandará copia de la misma al Juez del Registro Civil de su jurisdicción, al del lugar en que el matrimonio se efectuó y al del nacimiento de los divorciados para los efectos de hacer la anotación al margen correspondiente.

Cabe mencionar que mientras se decreta el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar dará su autorización para la separación de los cónyuges, dictando las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y cónyuge, de acuerdo a lo establecido en el convenio exhibido, que refiere el artículo 273 del Código Civil.

Los cónyuges que promuevan este tipo de divorcio, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier momento, antes de haber sido decretado el divorcio. Hasta pasado un año desde su reconciliación, los cónyuges podrán solicitar el divorcio.

El Divorcio Necesario procede cuando alguno de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en algunas de las causales que establece el artículo 267 del Código Civil, como son las siguientes:

I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;

III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;

V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que se además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;

VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;

VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;

IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164 (contribución económica), sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;

XV. El alcoholismo o el hábito del juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este código;

XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;

XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge;

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este código.¹¹⁰

Cada causal tiene naturaleza autónoma, en virtud de que tienen un carácter limitativo.

¹¹⁰ CODIGO CIVIL. Págs. 30-32.

Por lo que se refiere a las causales VI y VII del artículo 267 del Código Civil, el cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en estas causales, tendrá derecho a solicitar la suspensión de su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el Juez con conocimiento de causa, deberá decretar dicha suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones derivadas del matrimonio.

Únicamente el cónyuge que no haya incurrido en alguna de las causales que señala el artículo 267 del Código Civil, podrá solicitar el divorcio necesario, debiendo promoverlo dentro de los seis meses siguientes al día en que se tuvo conocimiento de los hechos en que se funde la demanda.

En el caso de las fracciones XI, XVII y XVIII, del artículo ya citado, existe un plazo de dos años de caducidad.

En este tipo de divorcio, la reconciliación de los cónyuges, dará por terminado el juicio promovido, siempre y cuando no exista sentencia ejecutoriada, debiendo comunicarlo al Juez de lo Familiar.

Antes de que se dicte la sentencia definitiva, el cónyuge que no haya dado causa al divorcio, puede otorgar el perdón respectivo a su consorte; sin que proceda una nueva demanda de divorcio por los mismos hechos a que se haya referido el perdón y que haya motivado el juicio anterior, teniendo la oportunidad de promover por otros hechos, aunque sean de la misma especie o hechos diferentes que den causa al divorcio.

Una vez presentada la demanda de divorcio, mientras dure el juicio, serán dictadas las medidas provisionales respectivas, de acuerdo a lo siguiente:

"I. La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

La separación conyugal decretada por el juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 del este Código;

II. Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tiene bienes;

IV. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente;

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre;

VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

VII. En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar.

b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabajan o estudian los agraviados.

c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

VIII. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

IX. Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o

poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise y,

X. Las demás que considere necesarias.”¹¹¹

Al dictarse la sentencia en el juicio de divorcio necesario, quedará fijada en forma definitiva la situación de los hijos, el juez de lo familiar resolverá todo lo relacionado a los derechos y obligaciones de la patria potestad, ya sea que señale su pérdida, suspensión o limitación, dependiendo de las condiciones en que se haya suscitado el juicio; considerando un especial interés en la custodia y el cuidado de los hijos. Como ya se ha mencionado, el ministerio público deberá intervenir, así como se escucharán a los padres y menores, para que el juez de lo familiar pueda tener mas elementos al momento de dictar su resolución, protegiendo en primer lugar siempre a los menores, haciendo respetar el derecho de convivencia con los padres, con excepción de que exista peligro para el menor.

Aunque alguno de los padres pierda la patria potestad, siguen teniendo todas las obligaciones inherentes a sus hijos.

También en la sentencia definitiva que se dicte en este tipo de divorcio, el juez de lo familiar deberá establecer todo lo relativo a la división de los bienes, asegurándose de tomar las precauciones necesarias para el aseguramiento de las obligaciones que estuvieran pendientes entre los cónyuges o respecto a los hijos. Los excónyuges quedarán obligados a la proporción de sus ingresos y bienes, a contribuir a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de los mismos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

¹¹¹ ARTICULO 282, CODIGO CML, Págs. 33-34.

El juez de lo familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de los alimentos del cónyuge inocente, conforme a las circunstancias que haya presentado el caso, además de tomar en cuenta lo estipulado por el artículo 288 del Código Civil:

- I. La edad y el estado de salud de los cónyuges;
- II. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
- III. Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
- IV. Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;
- V. Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades;
- VI. Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.¹¹²

Es importante señalar, que cuando el cónyuge inocente no tenga bienes o durante el matrimonio se haya dedicado a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o bien, esté imposibilitado para trabajar, tendrá el derecho de recibir alimentos.

Se fijarán las bases para actualizar la pensión y garantizar su efectividad. Cuando el acreedor alimentario contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato, perderá el derecho a los alimentos.

Además de los alimentos a que tiene derecho el cónyuge inocente, también podrá ser indemnizado por los daños y perjuicios que le haya causado el divorcio, con excepción de las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil.

Los cónyuges podrán demandar del otro, una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que haya adquirido, durante el matrimonio, cuando se cumpla lo siguiente;

¹² CODIGO CIVIL, Pág. 35.

a) "Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes;

b) El demandante se haya dedicado en el lapso en que duró el matrimonio, preponderantemente al desempleo del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos;
y

c) El demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte."¹¹³

La muerte de alguno de los cónyuges pondrá fin al juicio de divorcio, teniendo los herederos los mismos derechos y obligaciones que tenían si no hubiera existido dicho juicio. Los cónyuges volverán a tener la entera capacidad para contraer matrimonio.

Una vez ejecutoriada la sentencia definitiva, el juez de lo familiar ordenará la remisión de una copia de dicha resolución, al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para efectos de que se levante el acta de divorcio, realice la anotación correspondiente en la del matrimonio disuelto, así como se publique un extracto de la resolución durante un lapso de quince días, en las tablas destinadas para tales efectos.

¹¹³ ART. 289-BIS, CODIGO CIVIL, Pág. 36.

ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL MATRIMONIO EN ROMA Y EL DERECHO CIVIL VIGENTE

DERECHO ROMANO	DERECHO VIGENTE	OBSERVACIONES
<p>LOS ESPONSALES: Promesa de matrimonio futuro.</p>	<p>Figura jurídica derogada.</p>	<p>Reformas del 25 de mayo del 2000.</p>
<p>EL MATRIMONIO: Justas Nupcias.- Unión de dos personas de sexo distinto con la voluntad de ser marido y mujer, vivir juntos y procrear hijos (affectio maritalis).</p>	<p>Unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige. Art. 146 C.C.</p>	<p>Reformas del 25 de mayo del 2000.</p>
<p>REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO: 1.- Pubertad de los esposos 2.- Consentimiento 3.- Consentimiento del jefe de familia. 4.- Connubium (capacidad legal de los contrayentes)</p>	<p>Art. 148 Código Civil</p>	<p>En Roma la edad establecida para contraer matrimonio era de 12 años para la mujer, y 14 para el Hombre. Actualmente, es requisito tener 16 años cumplidos - para ambos cónyuges, en caso de ser menores de edad, se necesita el consentimiento de los padres e l que ejerza la patria potestad o tutores y a falta de estos el Juez de lo familiar dará su consentimiento. Art. 155.</p>
<p>IMPEDIMENTOS: Absolutos y Relativos</p>	<p>Artículos 156,157,159 C.C.</p>	<p>El derecho romano - ha heredado algunos impedimentos legales para contraer matrimonio.</p>
<p>FORMAS DE MATRIMONIO: 1) Cum Manus.- Incorporación de la mujer a la potestad de la familia del marido. (Usus, confarreatio y coemptio).</p>	<p>1) Sociedad Conyugal.- Los bienes - adquiridos durante el matrimonio for - marán parte de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario. Art. 183 C.C.</p>	<p>En Roma las Justas Nupcias y el concubinato, eran las únicas uniones duraderas y - monogámicas.</p>

2) Sine Manus.- La mujer pertenece a su familia de origen y el padre tenía todo el derecho de reclamarla y solicitarla al marido.

3) Concubinato.- Esta forma de unión duradera en Roma, es una relación y alianza permanente entre personas de distinto sexo, en donde no existía la afectio marital.

4) Sine Connubio.- Matrimonio celebrado entre los que no tenían *jus connubium*.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO:

Respecto a los cónyuges.-

- Fidelidad entre cónyuges
- Darse alimentos
- No hay donaciones entre los cónyuges.
- La esposa no puede ser fiadora del marido.
- Beneficio de Competencia
- No hay robo entre cónyuges
- Derechos sobre bienes del marido (intestado).
- Ejercer el marido el interdictum contra de quien retuviera indebidamente a la mujer.
- El esposo daba protección a la mujer y la representaba en la administración de justicia.

Respecto a los hijos.-

- Se consideran *liberi justii*.
- Siguen la filiación paterna.
- Están sometidos a la potestad de su padre.
- Tienen derecho al nombre, condición social y domicilio del padre.
- Forman parte de la familia civil del padre (agnados y cognados).
- Son descendientes legítimos y pueden suceder al pater por ley.
- Existe la obligación recíproca de alimentos, así como el respetar y obedecer a sus padres.

Respecto a los bienes.-

En el matrimonio *cum manu*, todas las adquisiciones que obtuviera la mujer o realizara durante el matrimonio, así como el de las hijas y nietas, se acumula al patrimonio del pater.

En el matrimonio *sine manu*, la

2) Separación de Bienes.- Cada cónyuge es dueño de sus bienes. Art. 207 C.C.

Concubinato.- Relación en donde existe la vida en común, en forma permanente y permanente por un período mínimo de dos años. Art. 291- Bis. C. C.

Artículos 162, 163, 164, 164 bis, 168, 169, 172, 173, 176 y 177 C.C.

Artículo 303, 304, 324, 412, 413, 425 del C.Civil.

Artículos 178 al 217 Código Civil.

Actualmente, estas figuras jurídicas están reguladas.

Existe gran similitud respecto de los efectos del matrimonio en Roma y en nuestra legislación vigente, en la cual se denominan derechos y obligaciones que nacen del matrimonio. Actualmente se permiten las donaciones entre los esposos. Art. 232 C.C.

Nuestro Código Civil no contempla un capítulo específico de los efectos del matrimonio respecto de los hijos y bienes, sino que nuestra ley, estipula derechos y obligaciones respecto a éstos. (patria potestad, tutela).

La legislación actual, contempla dos regímenes respecto a los bienes, son la sociedad conyugal y separación de bienes.

mujer conserva los privilegios al seguir perteneciendo a su familia de origen.

REGIMEN DE BIENES ESTANDO LA UXOR IN MANU.-

La regla general es que el marido adquiere todos los bienes - que tenga la mujer.

REGIMEN DE BIENES SIN ESTAR LA UXOR IN MANU.-

La regla general es que cada -- uno de los esposos sigue manteniendo la situación patrimonial de que gozaba con anterioridad al matrimonio.

El Celibato.- Esta condición jurídica del soltero, fue castigada -- por las leyes caducarias, hasta que Justiniano las suprimió,

Segundas Nupcias.- Un segundo matrimonio fue aceptado hasta la época de Augusto, aunque posteriormente las constituciones imperiales reprobaron las -- segundas nupcias nuevamente.

Legislación matrimonial de - Augusto.- Las leyes caducarias fueron fusionadas en una sola -- por la jurisprudencia romana, to mando el nombre de Iulia et Pa - pia Poppaea.

La Dote: Es la cantidad deter - minada de bienes que la mujer, o un tercero, da al marido para coadyuvar al mantenimiento de las cargas del matrimonio.

Clases de Dote:

a) Dote profecticia.- Era otorgada por el paterfamilias y posteriormente el padre a una hija emancipada.

b) Dote adventicia.- Otorgada por la mujer, por su madre o un tercero.

c) Dote recepticia.- El tercero -- constituyente se reserva el derecho de pedir la restitución en caso de disolución del matrimonio.

Los bienes de la mujer que eran confiados al marido se llaman bienes parafernales.

Estas leyes contemplaban beneficios y castigos. Por ejemplo, se -- castigaba a los célibes.

La figura que más se asemeja a la dote, es la donación, que nuestra legislación divide en donaciones antenu - ciales y donaciones entre consortes.

Constitución de la Dote:

a) Datio dotis.- Transfiere los bienes dotales por mancipatio, in jure cessio o traditio. La puede realizar cualquier persona.

b) Dictio dotis.- Reservada para la mujer, inclusive frecuentemente realizada en los esponsales.

c) Promissio dotis.- Es la promesa de dote en forma de stipulatio.

Donaciones Nupciales:

Estas tuvieron diferentes etapas. En las cuales fueron válidas (hasta la Ley Cincia), prohibidas (después de la Ley Cincia), permitidas bajo algunas circunstancias (oratio severi et antonini).

Donaciones entre Cónyuges:

Hasta el surgimiento del matrimonio sine manu, fueron permitidas las donaciones entre cónyuges.

Disolución del Matrimonio:

Causas.- **a)** La muerte de uno de los cónyuges. **b)** Capitis deminutio máxima de cualquiera de los cónyuges. **c)** Capitis deminutio media. **d)** Por sobrevivir un impedimento. **e)** Divorcio.

El Divorcio :

a) Por mutuo consentimiento.

b) Divortium ex just causa.

c) Divortium sine causa.

d) Bona gratia.

Estas son las clases de divorcio en el Derecho Justiniano.

Estas formas de dote desaparecieron en el año 428 d.C. (Imperio Absoluto). Constituyeron Dote la dote con un pacto legítimo, redactándose un documento.

Arts. 219 al 231 del Código Civil.

Ahora se llaman donaciones antenupciales.

Arts. 232 al 234 del Código Civil.

Donaciones entre conyugues.

Art. 267 del Código Civil.

En relación al divorcio, nuestra legislación contempla el Divorcio Necesario, que requiere de alguna causal para ser promovido; el divorcio por mutuo consentimiento o voluntario y el Divorcio administrativo, contemplado en el artículo 272.

Art. 273 del Código Civil.

CONCLUSIONES

- 1.- Con la existencia del hombre ha surgido la necesidad de convivencia mutua, por lo que así nació la institución llamada "FAMILIA".
- 2.- La familia es una institución que ha existido desde los orígenes del hombre, no es privativa del pueblo romano, sino, que es común a los distintos pueblos de la tierra.
- 3.- Para los romanos la familia se encuentra encabezada por una sola persona llamada paterfamilias, quien tiene el poder absoluto sobre sus integrantes.
- 4.- De acuerdo a las diferentes acepciones de la familia romana, esta se conforma por el parentesco agnaticio, siendo que en la actualidad su concepción está centrada en el parentesco cognaticio.
- 5.- En la actualidad se ha establecido dentro de nuestra legislación, la igualdad entre el hombre y la mujer respecto a los derechos y obligaciones que nacen con la creación de la familia, lo que ha provocado afortunadamente un cambio en las ideas antiguas del poder del hombre sobre la mujer, por lo tanto, la mujer ahora mantiene cierta independencia en sus actividades domesticas y laborales.
- 6.- En un principio la familia no tenía ninguna regulación formal, posteriormente con la necesidad de regular las relaciones entre hombre y mujer, aparece la figura del **Matrimonio**.

7.- En Roma los esponsales tuvieron una trascendencia relevante, sobre todo por que estaban mas apegadas a la regulación social, era importante que los futuros esposos tuvieran una forma de comprometerse a un matrimonio futuro, pues de no cumplirse con la promesa, había consecuencias graves. Actualmente, la promesa de matrimonio ha caído en desuso, quizá en razón de los efectos que tiene la figura del matrimonio respecto de los bienes y con el fin de adecuar la legislación a los momentos actuales, fue derogado el capitulo que reglamentaba dicha figura.

8.- En Roma las Justas Nupcias, era la única figura que reconocía los derechos y obligaciones, careciendo del reconocimiento del Estado y en la actualidad el matrimonio está reglamentado por el Estado por medio de las leyes civiles existentes en cada Estado.

9.- El matrimonio romano fue considerado como una institución monogámica, consideración que sigue vigente en nuestra legislación.

10.- El parentesco es de gran importancia para el mejor entendimiento del matrimonio, pues a pesar de que en otros pueblos antiguos como Egipto, la mujer estuvo al frente de la familia, hasta el punto de que solo era reconocido el parentesco por la línea materna; en cambio, con el predominio del hombre, surge el poder patriarcal en Roma, en consecuencia, solo era reconocido el parentesco paterno.

11.- El derecho Romano no contemplaba un régimen patrimonial igualitario, sino que todo lo relativo a los bienes patrimoniales se encontraba bajo el mando único del varón, como se establecía en el matrimonio Cum Manus y Sine Manus; en la actualidad se ha procurado dirimir cualquier controversia a futuro, estableciendo el régimen de separación de bienes, así como la sociedad conyugal, figuras que están fundamentadas en las llamadas capitulaciones matrimoniales, de ahí el carácter contractual que le han dado algunos autores a la figura del matrimonio.

12.- La institución de la Patria Potestad fue una peculiaridad en el derecho romano, debido al poder que tenía el paterfamilias y su excesiva duración, aunque nuestro derecho actual heredó algunos rasgos de esa época.

13.- El concubinato era considerado como una de las uniones duraderas en Roma, y por lo tanto, era reconocido por la ley, sin que existiera el affectio marital, estableciendo Justiniano la obligación de dar alimentos. Esta figura actualmente reconocida por el Código Civil vigente; otorga derechos y obligaciones a los concubinos, sobre todo protegiendo el aspecto de los alimentos.

14.- La disolución del vínculo matrimonial en Roma se daba en forma unilateral por medio del repudio, sin que existiera alguna formalidad, por lo que se llegó a presentar un abuso desmesurado con motivos de intereses patrimoniales.

15.- Actualmente la política del Estado respecto de la legislación matrimonial, busca una disminución del índice poblacional, en cambio, durante la época del emperador Augusto, se ofrecían estímulos y recompensas como punto de su política demográfica.

16.- En la actualidad nuestra legislación contempla dos formas de disolver el matrimonio, el divorcio voluntario y el necesario, el cual se basa en alguna de las causales señaladas en el artículo 267 del Código Civil.

17.- La figura del matrimonio actualmente se ha visto deteriorada, debido quizás a que las personas que se creen aptas para convivir con otra persona, realmente no lo están, por lo que muy pronto recurren a la separación, optando por una relación sin compromisos como lo es el concubinato; sin embargo, a pesar de la regulación existente, no podrá sobrepasar la

importancia que tiene todavía el matrimonio; por lo que se le debería de restar igualdad al concubinato, para que no existieran tantas facilidades para optar por este tipo de unión.

18.- En virtud de la necesidad de adecuar la ley a los tiempos actuales, no podemos negar que el concubinato también como repercusión en nuestro derecho actual, necesitaba una regulación más amplia, pero se descuidó el aspecto de las consecuencias tanto legales, psicológicas y morales, que pueden resultar de este tipo de unión.

19.- La figura del MATRIMONIO como repercusión actual, ha surgido de la necesidad de la convivencia mutua entre el hombre y la mujer, por lo que no cabe duda que esta institución seguirá siendo la piedra angular en una sociedad y por consiguiente también en la familia.

20.- Durante siglos ha permanecido la institución del matrimonio, ahora no podemos dejar que desaparezca, pues debido a su importancia es que ha permanecido vigente, así pues, de nosotros depende su permanencia como elemento esencial en una sociedad.

BIBLIOGRAFIA

- AGRAMONTE ROBERTO**, Estudios de Sociología, Porrúa, México, 1976.
- ARIAS RAMOS, J:** Derecho Romano II; 14a. ed., Revista de Derecho Romano Privado, Madrid, 1977.
- BERNAL, BEATRIZ Y LEDESMA, JOSE DE JESUS:** Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas, Porrúa, México, 1996.
- BONFANTE, PEDRO:** Instituciones de Derecho romano; Reus Editores, S.A., Madrid, 1976.
- CARRANZA, VENUSTIANO:** Ley Sobre Relaciones Familiares; Talleres Gráficos de la Nación, Edición Oficial, México. 1936.
- CASTAN VAZQUEZ, JOSE MARIA:** La Patria Potestad; Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.
- DE COULANGES, FUSTEL:** La Ciudad Antigua; Edaf, Ediciones Distribuciones, S.A., Madrid, 1989.
- D'AGUANNO, JOSE:** Génesis y Evolución del Derecho; 1ª edición, Impulso, Argentina, 1943.
- D'ORS, ALVARO:** Derecho Romano Privado; 6ª. ed., Pamplona, 1981.
- ESTEVILL, LUIS ALBERTO:** La Adopción e Instituciones Análogas; Buenos Aires, Argentina, 1947.
- FOINET, RENE:** Manual Elemental de Derecho Romano; José M. Cajica Jr, S.A., México.
- FUEYO LANERI, FERNANDO:** Derecho Civil, Derecho de Familia; Tomo VI, Santiago de Chile, 1977.
- GALINDO GARFIAS, IGNACIO:** Derecho Civil; 5ª. ed., Porrúa, México, 1982.
- GOMEZ GONZALEZ, FERNANDO FLORES:** Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, ed., Porrúa, México, 1984.
- GONZALEZ, JUAN ANTONIO:** Elementos de Derecho Civil, ed., Trillas, México. 1988.

- HERMOSA, BLAS:** Derecho Romano; Litocolor, Asunción, Paraguay, 1980.
- HERNANDEZ TEJERO, JORGE FRANCISCO:** Lecciones de derecho romano; 3ª. ed., Ediciones Darro, Madrid, 1978.
- IGLESIAS, JUAN:** Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, 6ª. ed., Ariel, Barcelona, 1972.
- MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO:** Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo III, Porrúa, México, 1988.
- MARGADANT, GUILLERMO FLORIS:** Derecho Romano; 16ª. ed., Esfinge, México, 1989.
- MARGADANT, GUILLERMO FLORIS:** Panorama de la Historia Universal del Derecho Medieval; Porrúa, México, 1988.
- ODERIGO N. MARIO,** Sinopsis de Derecho Romano, Palma, Buenos Aires, 1973.
- PADILLA, GUMENSINDO:** Derecho Romano I; Mc. Graw-Hill, México, 1996.
- PETIT, EUGENE:** Tratado Elemental de Derecho Romano; Epoca, México, 1980.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL:** Compendio de Derecho Civil, personas y Familia; Tomo I, 10ª. ed., Porrúa, México, 1983.
- SAINZ GOMEZ SALCEDO, JOSE MARIA:** Derecho Romano I, 1ª. ed., Limusa, S.A. de C.V., México, 1999.
- SCHULZ, F.:** Derecho Romano Clásico; 5ª. ed, 1978.
- SOHM, RODOLFO:** Instituciones de Derecho Privado Romano; Edinal, México, 1975.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA: Tomo XIX y XXI, Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1979.

EL DIGESTO DE JUSTINIANO: Tomo I y II, D'ORS, A., HERNANDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCIA-GARRIDO, M. Y BURILLO, J., Aranzadi, Pamplona, 1968.

LEGISLACION CONSULTADA.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Sista, México, 2001.