

308909

6

2g



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

ESCUELA DE DERECHO

Con estudios incorporados a la UNAM

“LA EXCLUSION DE LA PROLE EN EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL”

TESIS PROFESIONAL

Que presenta:

Juan Alberto Campero Pardo

Para optar por el Título de
Licenciado en Derecho

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

México, 1989.



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

INTRODUCCION	I
CAPITULO I EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL	1
1.1. Naturaleza del consentimiento matrimonial	5
1.2. Materia del acuerdo de los cónyuges	9
CAPITULO II EL CONSENTIMIENTO PARCIALMENTE SIMULADO ...	35
2.1. Simulación total del matrimonio	43
2.2. El consentimiento matrimonial parcialmente simulado	50
CAPITULO III LA EXCLUSION DE LA PROLE	56
3.1. Los tres tipos de simulación parcial	56
3.2. Exclusión de la unidad	57
3.3. Exclusión de la indisolubilidad	59
3.4. Exclusión de la prole	61
CAPITULO IV EL PACTO DE EXCLUSION O LIMITACION DE LA PROLE EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO	70
4.1. Las reformas de 1975	76
CONCLUSIONES	80
BIBLIOGRAFIA	83

I N T R O D U C C I O N

Considero oportuno iniciar este trabajo refiriéndome al concepto que del matrimonio han tenido diferentes juristas.

Las definiciones a que se hace referencia están, desde luego, íntimamente ligadas con el tema, materia de este estudio, ya que se refieren todas ellas, al matrimonio y sus características.

Se observará que en cada una de las definiciones que se mencionan se destaca alguna característica del matrimonio. El objeto es, pues contemplar las particularidades más importantes del matrimonio, para lo cual se utilizan los conceptos que se vierten sobre esta figura jurídica.

Primeramente, en las Siete Partidas nos explica Alfonso el Sabio lo que debe entenderse por matrimonio, cuando dice:

"Matris el munum", son palabras del latín de que tomó nome matrimonio que quier dezir tanto en Romance como officio de

madre. E la razón por la que llaman matrimonio al casamiento e non patrimonio, es esta. Porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos que el padre. Ca como uier que el padre los engendra, la madre sufre muy grand embargo con ellos, de mientra que los trae. E sufre muy grandes dolores cuando han de nacer; e después que son nascidos ha muy grande trabajo es criar a ellos mismos por sí. E de mas desto por que los fijos, mientras son pequeños mayor-menester han de la madre que del padre. E por todas estas razones sobredichas, que caben a la madre de faver, en non el Padre, por ende es llamado Matrimonio. E non Patrimonio. (1).

Despues de advertir en la definición transcrita la razón por la cual el casamiento tiene el nombre de matrimonio, se transcribe otra en la que se destaca la procreación de la prole como fin del matrimonio, que se canaliza en un tema especial, el deber de fi-

(1) Códigos españoles concordados y anotados, Madrid, Tomo III, Rivadeneira, 1848, pág. 412.

delidad perpetua que se deben los cónyuges. Citando los bienes que se derivan del matrimonio, los concreta en fe y linaje, diciendo:

E esta fe es lealtad que deben guardar el uno al otro, la muger non habiendo que ver con otro, nin el marido con otra. E de otra, bien del linaje es facer hijos para crescer derechamente el linaje de los omes, con tal entension deben todos casar, también los que non pueden aver fijos, como los que lo han. (2)

En esta definición se puede apreciar que el fin primordial del matrimonio es la procreación de los hijos, aun en el caso de que se haga imposible la consecución del fin, pues en este caso no se están violando las leyes de la naturaleza, sino que, al contrario, la misma naturaleza hace imposible el llevar a cabo el fin, lo que en ningún momento significa que se cambien los fines del matrimonio, es sólo que hace imposible su consecución.

A continuación se transcribe otra definición que refuerza los principios de fidelidad perpetua que, después, también se-

(2) Los códigos españoles, concordados y anotados, Madrid, Partida IV, Título II de los casamientos, ley III, Rivadeneira, 1848, pág. 412.

rá motivo de un análisis especial:

"matrimonio es ayuntamiento de marido e de muger, fecho con tal extension de bevir siempre en uno e non se de partir; guardando lealtad cada uno dellos al otro en non se ayuntando el varón a otra muger, sin ella a otro varón viviendo ambos a dos. (3)

También puede apreciarse en esta definición la característica de la unidad en el matrimonio. Se observa cómo los derechos y deberes de los cónyuges deben ser recíprocos; de manera que la unidad coloca a los cónyuges en un plano de igualdad para todos los efectos jurídicos a que haya lugar.

Modestino dice: "nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae; divini et humani juris communicatio". (EL matrimonio son la unión de hombre y mujer en comunidad total de vida, tanto de las cosas divinas como de las humanas). (4)

Finalmente, se citará a Justiniano, quien dice: "Nuptiae

-
- (3) De las Siete Partidas, Partida IV, Título II de los casamientos. Ley I. Qué era es matrimonio. Los códigos españoles concordados y , Madrid, Rivadencira, 1948, pág. 412.
- (4) Modestino, libro I regularem in digesto, libro XXIII, Título II.N.I. del derecho romano se citan todas conforme a la edición del Corpus Juris Civilis, academicum parisiense. Lutetiae Parisiorum. MCCCXLVIII.

autem, sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuum vitae consuetudinem continens". (Nupcias o matrimonio es la unión individual entre hombre y mujer que se concreta en una unión de por vida). (5)

Justiniano y Modestino nos hablan, el primero de la entrega total que se hacen los cónyuges por el matrimonio, y el segundo de que esa entrega total debe ser de por vida.

El matrimonio, si no es para siempre, no debe ser considerado como tal, ya que se acerca mucho más a otras figuras jurídicas, como pudiera ser el amaciato.

Después de analizar las definiciones anteriores podemos concluir en que el matrimonio tiene como características propias, sin las cuales no se puede hablar de matrimonio, la unidad, entendiendo ésta en el sentido que tiene que llevarse a cabo entre un solo hombre y una sola mujer; la indisolubilidad, o sea, que el matrimonio debe ser para toda la vida; y la procreación y educación de la prole.

Si no estuviera presente cualquiera de estas características no podría ni hablar de matrimonio. Por ello cualquier defi-

(5) Institutas del Emperador Justiniano, Título X de Nuptiis. par. 1.7. Tomando un texto de Modestino.

nición que se da del matrimonio debe incluir esas características, las que podrían, por tanto, expresarse de esta manera:

Matrimonio es la unión de un solo hombre y una sola mujer formado por el libre consentimiento de ambos, que crea un vínculo para toda la vida cuyo fin es la procreación de los hijos, su educación y prestarse ayuda mutua entre ambos cónyuges.

Más adelante y en el desarrollo de este trabajo trataremos de explicar con mayor amplitud estos conceptos que hemos planteado a priori basados en la definición de los viejos maestros de Derecho. simplemente por cuestiones prácticas que facilitan la lectura hemos optado por señalar los bienes del matrimonio desde un principio.

Ampliarse sobre el concubinato y el amasiato en el sentido que no pueden convertirse en matrimonio porque falta el consentimiento expreso, entendido como una doble fuente volitiva.

CAPITULO I

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

El elemento indispensable para que se pueda celebrar cualquier contrato, es el consentimiento considerado como requisito de existencia. (6) Aunque el matrimonio puede ser tratado como un contrato, debe de analizarse de una manera distinta por sus características especiales en relación con los demás contratos; sin embargo, aquí también es el consentimiento el eje del sistema, incluso se puede llegar a afirmar que no existe matrimonio si no hay consentimiento y sólo el consentimiento basta para que exista el matrimonio, el cual no puede ser originado por un hecho, ni siquiera por un cúmulo de hechos, sino que se necesita forzosamente que exista un consentimiento que implique una doble fuente volitiva en el sentido de que los dos contrayentes necesitan manifiesta su consentimiento sobre el objeto, materia del contrato

(6) Confrontar Sánchez Meda, Ramón, De los contratos civiles, 3ª ed., México, 1976, pág. 15.

matrimonial. (7)

Por tanto, se excluyen desde el principio todas esas figuras llamadas "matrimonio por comportamiento", o la sola posibilidad de que el matrimonio pueda contraerse por el solo transcurso del tiempo. Un concubinato nunca puede llegar a transformarse en matrimonio, puesto que para que éste exista es indispensable la voluntad explícita de ambas partes de contraer un vínculo jurídico, específicamente determinado como vínculo matrimonial. Todas las demás figuras que se parecen al matrimonio, se distinguen precisamente de éste en este punto característico: sólo puede formarse el matrimonio mediante la voluntad de los cónyuges. (8)

El consentimiento, como ya se señaló, implica la voluntad de los contrayentes, ahora bien, por voluntad se entiende, normalmente para efectos de casi todos los contratos, el que se pueda ir autorregulando el

- (7) "El vínculo matrimonial nace del consentimiento, o más precisamente, del pacto conyugal. Por eso hay que distinguir tres cosas en el matrimonio, que no deben confundirse: la causa del matrimonio, que es el pacto conyugal; su esencia, constituida por el vínculo, y sus fines, que son la procreación y educación de la prole, la relación del instinto sexual y la mutua ayuda. El consentimiento es el elemento más decisivo del pacto conyugal y aquel que contiene su eficacia causal propiamente dicha". Hervada, Javier, Comentarios, EUNSA, 1983.
- (8) Confrontar Reina, Víctor. El consentimiento matrimonial, sus anomalías y vicios como causa de nulidad, Barcelona, Editorial Ariel, pág. 49.

contrato en la forma como las partes contratantes lo vayan queriendo; sin embargo, en el caso del matrimonio, sucede un fenómeno diferente: como el matrimonio causa un estado, la voluntad opera de una manera normativa, es decir, que se encuentra la voluntad en cuanto a los fines de esa misma figura, pero sin poder posteriormente ir regulando esas disposiciones que ellos mismos crearon. Por tanto, se puede observar que si existe la voluntad, aunque el hecho de manifestarla en la forma que señala la ley no permite a la parte derogarla por otro acto de la voluntad. De esta voluntad normativa se van a desencadenar una serie de normas derivadas del mismo contrato y que ya no le toca regular a la misma voluntad de las partes.

En el matrimonio se encuentra por tanto, de una manera muy clara, la estructura del negocio jurídico típico; así como en otras figuras jurídicas que se forman por la voluntad de las partes, éstas tienen una libertad casi ilimitada para modificar el contenido del mismo; el matrimonio, siendo una institución derivada de la naturaleza humana, que además crea un estado en el cual interviene el interés público de la sociedad, es formado por los contrayentes mediante su consentimiento, pero no lo modifican en sus partes esenciales por la voluntad,

ni en el momento de contraer ni en el estado matrimonial creado posteriormente por esa voluntad matrimonial.

Bien, una vez establecidas las bases acerca del consentimiento y de la voluntad, se debe decir que las formalidades externas son parte de la forma del matrimonio, es decir, se vuelve un vehículo por el cual los contrayentes deben llegar a conseguir ese contrato; las formalidades no pueden ser nunca causa esencial del matrimonio, sino que es solamente el consentimiento de los cónyuges lo que lo causa; como ya se había dicho, se requiere de una forma especial, y esa forma es el reconocimiento que de ninguna manera puede implicar una licencia jurídica para que se pueda llevar a cabo o no dicho contrato; en consecuencia, tiene que quedar bien claro que el reconocimiento no es causa del vehículo matrimonial, que él actúa jurídicamente, normalmente al mismo tiempo de que existe la voluntad de los contrayentes. (9)

El reconocimiento que el orden jurídico hace de la voluntad de las partes es necesario para que el matrimonio exista, puesto que el matrimonio es una ins-

(9) Confrontar Reina Victor., Op. cit., pág. 49.

titución de interés público y el interés público requiere la fijeza y la claridad del acto matrimonial. La forma es indispensable, pero no es lo que crea el matrimonio, es exclusivamente un acto externo mediante el cual se da fijeza y claridad al consentimiento de los cónyuges, que es el que verdaderamente crea el acto del matrimonio; aun en el caso de los llamados matrimonios secretos existe una forma, ya que en este tipo de matrimonios nunca se ha considerado que el matrimonio se forme por la sola voluntad interna. Esta, o sea la voluntad interna, tiene que ser manifestada exteriormente; la forma en algunas ocasiones es pública y en otras puede ser privada o secreta, pero siempre tiene que tener una manifestación exterior: la voluntad, pues de otra manera no podría constituir vínculo jurídico.

Siendo el matrimonio una institución típicamente jurídica, no puede producirse si no es mediante manifestación externa de la voluntad interior.

1.1. Naturaleza del consentimiento matrimonial.

Siendo el consentimiento la parte esencial del matrimonio, como se dejó asentado en los párrafos an-

teriores, la institución matrimonial se presenta entonces como el núcleo esencial al cual tienen que adherirse, mediante su libre voluntad, los contrayentes. Es interesante, por tanto, antes de entrar al estudio de ese núcleo o contenido, saber cual es la naturaleza del acto de voluntad. Unas veces voluntad significa el objeto de querer, o sea lo querido, siendo así que lo que se declara en el momento de contraer, sólo es querido en los casos normales; en otras ocasiones la voluntad designa el contenido del querer, o sea el fin perseguido, el cual también sólo normalmente coincide con la causa del negocio matrimonial; en otras más significa la facultad o la actividad del querer como un hecho psíquico interno; finalmente, mediante la declaración o el comportamiento, la voluntad alcanza existencia como entidad duradera exterior y desprendida de la persona del autor, entonces tiene una naturaleza normativa y no psicológica, que se puede separar de la persona y que, como tal, puede concretarse en lo vinculable; y esto es lo que se llama voluntad normativa.

Analizando la relación que tiene que existir entre la voluntad interna y la voluntad manifestada, se concluye que la voluntad interna es la que constituye propiamente el consentimiento; pero, como ya se mencionó,

necesita de una forma para que se pueda conocer el hecho interno del querer, por lo que la voluntad manifestada es la que debe de tomarse en cuenta para constituir el matrimonio, ya que se presume que ésta es la que nos indica la voluntad interna de la persona del contrayente. (10) De manera que siempre se presume que la voluntad manifestada coincide con la voluntad interna.

Los conflictos pueden originarse precisamente de la confusión entre la voluntad interna o psicológica y la voluntad manifestada o normativa, puesto que un equívoco usual y frecuente, considera que la declaración de la voluntad, en lugar de servir para constituir una verdadera voluntad normativa, solamente es la revelación de un hecho psíquico incontrolable jurídicamente en el que consiste y se agota la esencia del negocio matrimonial. Esto no es así, puesto que la esencia del negocio matrimonial es el querer interno y manifestado en la forma querida por el derecho. Efectivamente, la voluntad es la creadora del negocio matrimonial y constituye verda-

(10) Confrontar Cámara, Héctor, Simulación en los actos jurídicos, Buenos Aires, 1944, capítulo II, en el que la lista ampliamente la divergencia entre la voluntad y declaración consciente e inconsciente y distingue con claridad el acto simulado de otras figuras afines como son la reserva mental, el fraude, el negocio por juego (acto locandi causa) la falsedad y el error.

deramente la esencia, el principio activo y generador del matrimonio. Como ya se indicó anteriormente, no se puede decir que existe matrimonio donde no hay voluntad matrimonial o donde ésta está viciada. Pero este principio debe necesariamente de matizarse porque no es posible reconocer la preferencia y la superioridad de la voluntad interna sobre la declarada sin hacer al menos algunas anotaciones. La divergencia entre la voluntad interna y la voluntad externa ha de ser probada por quien lo afirma, ya que si no se prueba, no se puede considerar la voluntad declarada como disconforme con la voluntad interna o real. El derecho sólo puede juzgar de lo externo y, por tanto, si no se le prueba esa conformidad, deberá atenerse siempre a la voluntad manifestada, aún cuando la prueba resulte extraordinariamente difícil; además, cuando la disconformidad sea imputable al declarante por ser maliciosa o por falta de la debida diligencia o responsabilidad, si esta resulta probada, debe de prevalecer la voluntad interna. Será responsabilidad del agente que declaró maliciosamente, y si la discrepancia entre la voluntad interna y la externa resulta claramente probada, debe de estar-se a la voluntad interna, aún cuando la responsabilidad en el agente que la declaró, así pues, se debe dejar asentado que esa relación que existe entre la voluntad interna

y la manifestada debe de concluir en el momento en que queda manifestada la voluntad; por tanto, una vez que se manifieste la voluntad de los contrayentes, el consentimiento de éstos, se presume que ha existido ya un proceso volitivo interno que ha concluido precisamente en la voluntad manifestada, ya que si ese proceso interno psíquico es anómalo, el mismo derecho arbitra los medios necesarios para poder concluir que el negocio matrimonial es nulo. En resumen, siempre hay que atender a la voluntad itnerna, la cual sólo puede formar el matrimonio mediante un acto explícito de voluntad manifestada. Ahora bien, el contenido de la manifestación externa de voluntad puede ser virtual, pero necesita forzosamente de esa manifestación externa expresa y emitida, según las normas jurídicas, apra que se forme el contrato matrimonial.

1.2. Materia del acuerdo de los cónyuges.

Se considera de especial interés este título porque la doctrina sobre el matrimonio y sobre el consentimiento matrimonial ha enfocado siempre el tema sobre el aspecto negativo de la voluntad matrimonial, o sea sobre la voluntad con vicios, sobre la carencia de voluntad, y así se ha estudiado tradicionalmente el consentimiento matrimonial, desde el punto de vista de aquello que no

tiene y que, por tanto, puede anular el matrimonio. Se pretende ahora estudiar el tema desde el punto de vista opuesto, es decir, desde el punto de vista de aquello sobre lo que tienen que ponerse los cónyuges de acuerdo, para que exista realmente el matrimonio. Por tanto, no se abundará en la carencia de voluntad, ni se estudiarán los vicios de la voluntad; en este capítulo se estudiará aquello en lo cual los cónyuges tienen que ponerse de acuerdo.

Dentro de este título están comprendidos, por supuesto, los elementos esenciales del negocio, que son: el consentimiento como acto de voluntad; el objeto, que son los actos de suyo aptos para engendrar prole, y la causa de este contrato o negocio, que son las prestaciones de cada parte, que implican derechos y deberes recíprocos. El consentimiento del matrimonio no se puede dirigir explícitamente al acto de suyo propio para engendrar, sino a la potestad que sobre este acto pueden o deben tener los cónyuges; esto no es objeto del pacto, sino todas las obligaciones y derechos que nacen de este acto matrimonial o de este acto de suyo propio para engendrar. No es por tanto el contenido explícito necesario del consentimiento conyugal, el derecho al cuerpo del otro cónyuge o el acto matrimonial; es muchísimo más rico de contenido y de conse-

cuencias sociales y jurídicas que esos meros actos. Entendiendo que las finalidades naturales del matrimonio son la procreación, la educación de los hijos y la ayuda mutua entre los cónyuges, no puede pensarse que el contenido del consentimiento matrimonial sea exclusivamente el derecho al cuerpo del otro cónyuge, sino que es más bien necesario entender, como el contenido de la voluntad del contrayente, el deseo de crear entre sí una situación matrimonial que lleve implícitas todas las consecuencias que esto lleva consigo. Según estas ideas, se puede decir que el contenido de la voluntad matrimonial debe ser la comunidad de vida conyugal perpetua y exclusiva. En efecto, eso es lo que los contrayentes quieren al momento de estar contrayendo matrimonio, crear entre sí una comunidad de vida conyugal que por su propia naturaleza está dirigida a la generación y educación de la prole. Esa comunidad de vida conyugal lleva implícitos, necesariamente, todos los fines de la institución matrimonial. Cuando dos personas desean casarse, quieren establecer entre sí la comunidad total de vida conyugal que comprende no sólo sus personas, sino las de sus posibles hijos, o sea, que el consentimiento matrimonial es un acto de voluntad por el cual varón y mujer pactan entre sí constitutivamente una comunidad de vida conyugal, perpetua y exclusiva, ordenada por

su misma naturaleza a la generación y educación de la prole; queda entonces asentado con claridad que el objeto, el contenido de la voluntad de cada uno de los contrayentes, es la comunidad de vida conyugal, la cual debe entenderse siempre necesariamente con las características que la naturaleza humana proporciona a cada individuo y que el derecho no hace más que recoger y determinar con mayor claridad en ocasiones en sus normas. Ahora bien, es necesario que los contrayentes quieran explícitamente todo cuanto pertenece a la esencia del matrimonio, siendo suficiente su adhesión a algo fundamental, y por eso basta su voluntad implícita en lo referente a todo lo que es derivado de la comunidad de vida. Esta cuestión es muy interesante, desde el punto de vista de que ya se ha hablado de la voluntad normativa, es decir, una persona puede querer el hecho del matrimonio y no por ello manifestar todos los derechos y obligaciones que impliquen el estar casada, incluso, en muchos de los casos, creo yo que no es necesario que uno de las partes tenga que conocer todos los derechos inherentes a esa figura; con el solo hecho de que conozca los valores fundamentales que existen dentro del matrimonio, puede manifestar su voluntad para que ella misma sea normada después por el derecho, atendiendo siempre a la naturaleza de la figura; por tanto, en la volun-

dad implícita se está manifestando ya la adhesión de los cónyuges a todas esas normas que se van a derivar de la figura misma matrimonial y se está dispuesto a cumplirla en tanto que han aceptado lo esencial del matrimonio. En resumen, para que el matrimonio se contraiga válidamente, se necesita querer explícitamente y en forma coincidente con el otro contrayente el crear entre sí una comunidad de vida conyugal perpetua y exclusiva; pero no se necesita querer explícitamente todas las consecuencias de esa comunidad de vida conyugal. Todas esas consecuencias pueden estar implícitas, de hecho lo están en casi todas las uniones matrimoniales. No podría por tanto alegarse, en ninguna forma, ignorancia ante las consecuencias de esa vida conyugal; no puede decirse que la voluntad no haya sido deficiente porque no se quisieron todas y cada una de las consecuencias de esa comunidad. Se puede no saber cómo se engendra y no por eso resultar insuficiente la voluntad matrimonial. Si se quiso establecer la comunidad de vida conyugal, basta; sin que se conozcan siquiera las consecuencias que esa misma comunidad puede llevar consigo. Es más, no se puede prever el futuro, no se puede saber nunca cuáles serán las consecuencias últimas que en cada caso y para cada pareja que contrae matrimonio implicará esa comunidad de vida conyugal. Para unos puede ser mucha

prole, para otros puede ser ninguna; para unos puede ser una vida de trabajos y de sufrimientos, para otros puede ser una vida placentera; como no se puede saber cuál va a ser el futuro de cada matrimonio, no se puede querer explícitamente lo que ni siquiera se conoce.

Analizando la existencia de un principio general que dice que todo hombre tiene derecho a casarse, en cuanto que todo hombre tiene voluntad: las causas de excepción en donde no puede haber voluntad tienen que ser tratadas por el derecho de una manera singular, de una manera independiente; asimismo, se debe decir que el consentimiento es un acto humano voluntario por esencia y que por lo mismo requiere del uso de razón para que se pueda llevar a cabo. Las personas que no estén en esta hipótesis de uso de razón, tienen que ser tratadas de una manera concreta y distinta de este principio general, por lo que no pueden contraer matrimonio. Por otra parte, el uso de razón es un requisito necesario, pero no suficiente, para contraer matrimonio, puesto que ahí no están agotados todos los otros requisitos; también se necesita que la persona que vaya a casarse entienda que va a tener una comunidad de vida con otra persona distinta y, por lo tanto, necesita tener un conocimiento al menos básico de lo

que es el matrimonio. A esto se le llamará madurez de juicio. Consecuentemente, la imposibilidad de adquirir el conocimiento que ya se ha mencionado, da lugar a la incapacidad para consentir, y por tanto no puede llevarse a cabo el matrimonio. Ahondando más en este tema, hay varios autores que han aludido en ocasiones a la necesidad de un conocimiento estimativo, o sea que las personas de los contrayentes o de los contratantes no solamente deben estar en posibilidades de conocer de qué se trata el matrimonio, de tener una idea de la esencia de lo que viene siendo el matrimonio, sino que tengan una capacidad estimativa para conocer y valorar las consecuencias de lo que están realizando; por ende, tenemos que concluir que quien no esté capacitado para descubrir el avlor ético, jurídico, social, familiar, etcétera, del matrimonio, es incapaz para contraerlo.

Al respecto, no debe olvidarse que esa capacidad estimativa debe suponerse siempre en todo individuo que tenga uso de razón después de la pubertad, pues pensar lo contrario, contradice la realidad y dejaría a la institución matrimonial en el inseguro terreno de las apreciaciones personales de capacidad psíquica de los cónyuges. O sea la incapacidad para poder apreciar el valor ético,

jurídico, social y familiar del matrimonio.

Debe probarse clara y palmariamente, puesto que nunca se supone en personas puberes que tengan uso de razón. Además, en la práctica, esta prueba de la incapacidad estimativa, para poder ser eficaz como excluyente del consentimiento matrimonial, deberá probar que el sujeto tome esa misma incapacidad en otros terrenos de su actuación pública, pues sería muy raro que esa falta de estimación de la realidad objetiva, se diera sólo en relación con su personal matrimonio. Estamos por tanto en materias muy cercanos a la incapacidad por locura, idiotismo o trastornos mentales y psíquicos graves.

Estas ideas han llevado a algunos autores a considerar que cuando falta madurez de juicio suficiente para entender o elegir el matrimonio, se está en presencia de una amencia a la cual se le ha llamado "Amencia en sentido contractual", de modo que se piensa que no es suficiente la mera facultad cognoscitiva, sino que se requiere una verdadera facultad crítica, capaz de juzgar y razonar con suficiente lógica. Se ha distinguido entonces entre la amencia o demencia en sentido manicomial de la amencia o demencia en sentido contractual, siendo ésta exclusiva-

mente la carencia o la imposibilidad de poder prever todas las consecuencias éticas, jurídicas, sociales, familiares, etcétera, del matrimonio. (11)

Se han presentado casos concretos de esquizofrenia en los cuales se ha sostenido que puede resultar inválido un matrimonio contraído por un individuo en el que posteriormente afloró con plena claridad y evidencia dicha enfermedad, la cual había venido incubando y que, por tanto, en el momento de contraer el matrimonio tenía ya en alguna forma la incapacidad contractual: la amencia;

(11) Reina, Victor, Op. cit., pág. 52 y ss. "Ocurre, en ocasiones que sólo con el paso del tiempo se descubre plenamente la enfermedad mental que trastorna completamente el juicio (por ejemplo, la esquizofrenia). En tales casos, la jurisprudencia menos actual ha venido sosteniendo que, en el período de incubación de la enfermedad, los sujetos afectados son capaces de prestar un consentimiento válido. En consonancia con esto, se sostiene que los que no están destituidos del uso de razón -bien sea total, bien sea proporcionalmente-, no son incapaces para que sus actos sean humanos, ni por tanto para prestar consentimiento. Parece que la razón de fondo es que en el momento de contraer tales enfermedades, no son responsables de sus actos, considerándose la plenitud de la enfermedad como un evento futuro y sobreañadido. Mientras que la tal criterio proviene, más bien, de que sí en el futuro se manifiestan perfectamente dementes es que, por principio, no estaban capacitados para una vinculación de naturaleza matrimonial". Sin embargo, al juzgar siempre sobre la situación mental de los contrayentes que posteriormente pierden la razón, no parece que es indispensable tener en cuenta que el matrimonio goza del favor del derecho, o sea que en la duda debe estar por tanto en el caso ante los contrayentes y no por una locura incipiente que se manifiesta plenamente después y que inclinaría el matrimonio. Nos parece que lo anterior tiene su fundamento en otras disposiciones en el artículo 253 del Código Civil, que establece: "Que el matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido".

y por ende, no pudo prever aquellas consecuencias. No podemos estar de acuerdo con todos estos autores, ya que el derecho tiene que juzgar necesariamente de los actos externos, y sólo parece más clara, y desde luego muchísimo más fundada, la opinión de que lo necesario para que el matrimonio sea válido es la voluntad recíproca de establecer entre los cónyuges una comunidad de vida conyugal manifestada en la forma que establece el derecho positivo. No se necesita para afirmar la validez del matrimonio, descubrir o valorar las consecuencias éticas, jurídicas, sociales o familiares del mismo. Es suficiente saber que básicamente se está queriendo establecer esa comunidad de vida matrimonial y por tanto deshechamos todas esas tendencias que exigen un conocimiento estimativo para que el matrimonio resulte válido. Para poder afirmar la invalidez del vínculo, sería necesario demostrar mediante pruebas externas, la ausencia o de lo querido con lo manifestado. Claramente afirmamos que es suficiente un deseo de establecer comunidad de vida conyugal, aún cuando sus consecuencias mediatas no estén presentes en el acto de la voluntad.

El presupuesto para poder decir que un matrimonio es nulo por carencia de consentimiento, es, obvia-

mente, que no exista la posibilidad psíquica de querer, sin la cual no se puede hablar de una voluntad jurídicamente eficaz para contraer matrimonio. Es el caso de los incapaces por problemas psíquicos, quienes, por su misma enfermedad, no pueden ni tienen posibilidad de querer algo con eficacia vinculatoria. El estudio de las diversas hipótesis en las que se puede encontrar la realidad constituyen un estudio que nos llevaría a campos verdaderamente interesantes, en los cuales los adelantos de la psicología moderna abren terrenos insospechados a la interpretación jurídica del psíquicamente incapaz. Otra cosa muy diferente es la carencia de voluntad interna que supone una discordancia entre lo internamente querido y lo externamente manifestado, ya sea, en este segundo caso, que el contratante sea consciente o no de dicha discrepancia. En el primer supuesto, o sea cuando lo internamente querido y lo externamente manifestado es diferente y uno o ambos contratantes lo saben y lo desean, se está en presencia del negocio simulado. En el segundo caso, se está en presencia del negocio simulado. En el segundo caso, o sea en el supuesto de la discordancia no querida, se está en presencia de la violencia física, en la cual esa discordancia puede ser conocida por el sujeto, pero no querida por él; también sería el caso del error obstáculo en que

la discordancia no es ni advertida ni querida por el sujeto: las consecuencias jurídicas de la violencia física en el caso del matrimonio son muy claras pues lo excluyen, sin lugar a dudas. Estos se refiere exclusivamente a aquel tipo de violencia física que excluye la voluntad, o sea que excluye la posibilidad de querer. No se contemplan en este momento todos los otros supuestos de violencia física que permiten siempre al individuo elegir y aceptar las consecuencias de la violencia a aceptar el matrimonio. Aquí se considera el caso de la violencia que excluye la voluntad, o sea una fuerza de tal manera imperiosa sobre el sujeto que le es imposible resistirla y que sustituye íntegramente a su voluntad. Los actos que una persona ejecuta forzado por violencia exterior a la que no puede resistir, son claramente nulos y no pueden producir efectos jurídicos en contra de ese sujeto. Por tanto, queda claro que el matrimonio contraído bajo esa violencia física no puede producir efectos de tal matrimonio. Se deja a un lado todas las demás violencias que producen vicios en la voluntad por no ser éste el lugar en que interesa considerarlas. En la misma forma tampoco interesa ahora la consideración de los errores que solamente producen vicios en la voluntad, sino que lo importante es estudiar el error obstáculo que se basa en una discordancia no querida entre

voluntad interna y manifestada. En estos casos la falsa representación de la realidad, que es el substrato de todo error, produce en el sujeto la imposibilidad de conocer la discrepancia entre lo que está queriendo y lo que está manifestando. Referente ya a la institución matrimonial, se puede decir que la falsa aprehensión de la realidad que está en todo error puede recaer sobre la identidad del objeto, sobre la identidad del negocio, o solamente sobre una cualidad del sujeto o del negocio. Y todo esto puede tener lugar en el terreno del derecho, es decir, afectar al hecho que es objeto de la voluntad (error de hecho), o a la estructura jurídica del mismo negocio al que se refiere la voluntad del sujeto (error de derecho); es claro que en el matrimonio el objeto de la voluntad del contrayente es la persona del otro contrayente y la estructura jurídica del matrimonio que está formada por los elementos que constituyen al matrimonio como institución, o sea sus fines y sus propiedades. Con esto se concluye que: en el matrimonio puede haber un error de hecho que se refiere a la identidad de la persona con quien se contrae, o a las cualidades de la persona con la que se contrae y existe un error de derecho cuando se refiere a la identidad de la institución matrimonial misma o las cualidades o finalidades o propiedades de la misma institu-

ción. El ordenamiento jurídico regido por la vieja sentencia romana, nuptias non concubitus ser consensus facit (B. 35, l. 15. ulp.), (*) muestra muy claramente la predominante orientación consensualista que ha tenido a través de la historia el matrimonio.

Se ha mencionado ya anteriormente que el matrimonio nace primordialmente por el consentimiento de los cónyuges y que éstos tienen que ser hábiles para poder prestarlo conforme a derecho. Ninguna potestad humana puede suplir la libertad de los cónyuges y, en consecuencia, nadie puede obligar a otros a contraer un matrimonio válido. Es la misma naturaleza la autora de esta figura matrimonial y es ella la que ha dotado con una serie de bienes y características muy peculiares al matrimonio.

El consentimiento como causa del matrimonio ha de tener unas intenciones mínimamente conyugales: de conocimiento, en cuanto se perciba al matrimonio como una sociedad permanente entre un hombre y una mujer; de naturaleza sexual y ordenada a la procreación y educación de la prole y a la ayuda mutua.

El ser humano, de acuerdo a la naturaleza

(*)

de que está dotado, es capaz de ordenar su vida con trascendencia sobre el momento presente; puede efectuar una neta proyección de su futuro con apertura a compromisos libremente adquiridos y con posibilidades de fidelidad de esos mismos compromisos. Quedó ya ampliamente superada la posición liberal y romántica de los pensadores del siglo pasado que pensaban que era en contra de la libertad humana el contraer compromisos de por vida; todos esos argumentos tan utilizados por los pensadores decimonónicos y que han sido repetidos entre nosotros como fundamento de muchas tesis sobre materia matrimonial que tratan de justificar que un vínculo indisoluble va contra la libertad de la persona, de que un compromiso de por vida no puede contraerse ni debe ser protegido por el orden jurídico, han quedado ya como caducos y realmente el pensamiento actual tiene otro sentido. No se entiende cómo es posible que algunas personas hayan pensado que un compromiso quita libertad cuando toda la vida del hombre no es más que un estarse comprometiendo continuamente. Si ese compromiso se adquiere libremente, se estará ejerciendo la libertad. Por tanto, el compromiso de fidelidad, el compromiso de unidad en el matrimonio, si estos compromisos se adquieren libremente, no son más que un ejercicio y una demostración misma de la libertad de los cónyuges que nunca se podrían inter-

prestar como una esclavitud, puesto que voluntariamente los aceptaron y quisieron.

El matrimonio, en cuanto tal, así como los soportes fundamentales del mismo, no son ni podrían ser una creación de los propios contrayentes. El matrimonio se deriva de la propia condición humana y sus raíces son anteriores a la libre determinación del hombre mismo. Aquí se encuentra una antinomia que con frecuencia se ha utilizado para destruir o para socavar las bases de la institución matrimonial. Puede entenderse que el hombre tome decisiones libres y organice las cosas como le vengan en gana cuando él es el único que va a sufrir las consecuencias o los efectos de sus propios actos. Así, él podrá libremente obligarse por declaraciones unilaterales de voluntad; pero ya no es tan libre para modificar acuerdos o convenios que tuvo con otras personas. Como el matrimonio, necesariamente, por su misma naturaleza implica consecuencias que superan al individuo, puesto que es un acuerdo con el otro cónyuge tendiente a la procreación de la prole, no puede tener una estructura que quede al capricho de la voluntad de uno o de ambos contrayentes. De la propia condición humana nacen aquellos elementos que son clave del matrimonio, como lo sería la capacidad mínima para

contraer. las finalidades objetivas del matrimonio, las propiedades como exigencias de un compromiso definitivo que se presenta íntimamente ligado al amor conyugal.

En el matrimonio tienen que conjugarse estos dos factores: 1) El consensual, que requiere un ineludible e insustituible consentimiento libre de los contrayentes, y 2) El institucional, constituido por unos elementos intocables que forman la estructura del mismo matrimonio y que se referirán siempre a la propia naturaleza humana, como ya se ha mencionado en las primeras páginas de este trabajo.

El consentimiento debe existir, pero no es de libre proyección, ya que ha de dirigirse siempre hacia los trazos maestros de una institución que es previa a ese consentimiento prestado.

Centrándose ya en el supuesto de mentalidad divorcistas respecto del matrimonio, se encuentran aquellos casos en que se reserva la indisolubilidad. Cuando la persona, en el momento de contraer matrimonio, se reserva expresamente la facultad de divorciarse e intenta contraer un matrimonio disoluble o a plazo o condicionado, sujetando

la permanencia del mismo a factores de tipo personal, quiere tal vez el vínculo matrimonial, pero lo quiere soluble; es más, quizá, también quiera la permanencia, pero no la perpetuidad; es decir, quiere un matrimonio a prueba, haciendo consistir esa prueba en la permanencia de su voluntad, o en la permanencia de la voluntad de ambos contratantes, o de circunstancias exteriores. De cualquier forma en que se realice la exclusión de la indisolubilidad, la voluntad firme de divorcio, o de contraer un matrimonio disoluble, entraña esa ruptura ya aludida y la expresada falta de adecuación ante el esquema sustancial del matrimonio y el acto concreto del consentimiento. Que sea la persona del contratante quien ponga esta falta expresa de adecuación, es lo que determina en último término la invalidez del acto. (12)

-
- (12) Las mentalidades divorcistas tienen con frecuencia una falta de coherencia lógica en su argumentación como bien decía Gabriel García Cantero, (El divorcio Bac. Madrid, 1977, pág. 124). Según este autor "no deja de ser curioso que aquellos que niegan la existencia de leyes objetivas reguladoras de la institución matrimonial argumentando que nada puede imponerse a la voluntad de los contratantes cuando éstos acuerdan -por ejemplo- el divorcio por consentimiento mutuo, no se muestran dispuestos a aceptar el pacto de indisolubilidad que algunos contratantes pudieran también acordar libremente al casarse. Cabe preguntarse por qué resulta válido invocar el principio de libertad para negar la indisolubilidad en el primer caso, necesitan que en el segundo carezca aquél de fuerza para derogar la ley de divorcio".

Queda claro que no puede considerarse como matrimonio ni aún nuestra legislación civil se atrevería a considerarlo como tal, aquel en el cual uno de los cónyuges se reserva unilateralmente el derecho de disolver el vínculo cuando le viniera en gana. Y esto no obstante que el otro cónyuge estuviera de acuerdo en esa reserva. No se podría considerar que existe una voluntad auténtica de contraer matrimonio. El reservarse el derecho de repudio unilateral excluye una seria y cierta voluntad de contraer matrimonio, y éste, por tanto, no existiría. No hay duda de que estaríamos en el supuesto del artículo 182 del Código Civil que dice: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio", y aunque nuestro Código no aclara cuáles son esas "leyes o naturales fines", no es aventurado afirmar que si una pareja pretendiera contraer matrimonio empeñándose en asentar en el acta que es su voluntad en que en ese matrimonio el marido se reserva el derecho a repudiar unilateralmente a la esposa, el juez del Registro Civil procedería legítimamente negándose a formalizar dicho matrimonio. Algunos autores tienen duda sobre si sería también matrimonio legítimo aquel en el cual ambos cónyuges incluyeron una cláusula que sonaría más o menos así: "El presente vínculo se contrae hasta en tanto que

ambos, de común acuerdo, querramos seguirlo manteniendo". Si analizamos las cosas a fondo, nos damos cuenta de que éste es el consentimiento tal y como se expresa en aquellas legislaciones que admiten el divorcio por mutuo consentimiento. Los cónyuges que quieran contraer matrimonio de acuerdo con la emnta y espíritu de una legislación que admita el divorcio por mutuo consentimiento, están realmente contrayendo un matrimonio en el cual se sujeta la duración del mismo a que ambos quieran seguir casados, ya que en el momento que se pongan de acuerdo para dar por terminado el matrimonio podrían legítimamente hacerlo. Esto, en mi concepto, excluye también la formación de un auténtico vínculo matrimonial. Así, aquellos cónyuges que contraigan matrimonio con el deseo de que el vínculo sólo perdure mientras que ambos estén de acuerdo, no están contrayendo un auténtico matrimonio, sino que es una forma de los tipos que han dado en llamarse "matrimonios a prueba". Sólo el matrimonio que quiere contraerse como indisoluble es el auténtico matrimonio.

Se considera que la postura de nuestro código civil no es correcta toda vez que si el matrimonio es el origen de la familia y el derecho debe proteger a ésta, al legislar en favor del divorcio se perjudica a

a la familia, sobre todo cuando se acepta el divorcio por mutuo consentimiento.

Para garantizar el cumplimiento de los fines naturales del matrimonio, es necesario hacer de éste una figura indisoluble.

Al divorciarse va a ser muy difícil educar a las leyes y desde luego la ayuda mutua y la generación de la prole ya no se podrán dar.

Para que exista el consentimiento es necesario que los cónyuges se den cuenta de que el matrimonio es una sociedad de carácter permanente entre varón y mujer, y para engendrar y educar a los hijos; es necesario, por tanto, que las partes contratantes en el negocio matrimonial, sepan perfectamente que el matrimonio tienen todos esos elementos, y, en consecuencia, renunciar a cualquiera de ellos, sería causa de nulidad del negocio.

Queda claro que siendo los fines del matrimonio la procreación de la prole, la educación de la prole y la ayuda mutua de los cónyuges, esas tres finalidades tienen que estar contenidas necesariamente en el consenti-

miento matrimonial, o sea que cada uno de los cónyuges, al momento de expresar su conformidad en contraer matrimonio con el otro, debe de tener presente y aceptar para sí las tres finalidades del matrimonio antes mencionadas. No es necesario que estas finalidades se digan explícitamente en el momento de contraer matrimonio, pues el que está dispuesto a casarse, acepta las finalidades que implica el matrimonio, o sea el querer el matrimonio es querer sus fines. Por consiguiente, si uno de los contrayentes manifestara una voluntad expresa de no engendrar hijos o de no educar a los que se llegaran a tener o de excluir toda ayuda al otro cónyuge, no se puede decir que estén contrayendo matrimonio. Queda claro que la exclusión de cualquiera de los fines anula el matrimonio, pero éstos, o sea los fines del matrimonio no necesitan aceptarse explícitamente en el momento de contraerlo: se presume que toda persona que contrae matrimonio con los requisitos de edad y capacidad, sabe cuáles son las finalidades del matrimonio y por ello, al aceptar la institución matrimonial, acepta los fines y sólo una exclusión explícita de alguno de esos fines provocaría la nulidad del matrimonio contraído. De acuerdo a lo que se ha dicho se puede decir que solamente daría lugar a la nulidad matrimonial en el caso de que uno de los cónyuges tuviera ignorancia, o mejor dicho,

error sobre la naturaleza del matrimonio, por ejemplo, alguna persona que desconozca cual es la naturaleza del matrimonio, podría después demandar la nulidad ante la autoridad competente. (13)

Algunos autores han confundido el dignificado de la causa y de la naturaleza de un negocio jurídico, y hay que aclarar en este sentido que ambos conceptos son distintos, ya que la naturaleza se referirá siempre y forzosamente al engocio de que se trata, mientras que la causa puede variar en las partes que vayan contratando determinado tipo de negocio. O sea, respecto a un negocio matrimonial, la causa puede ser variadísima y puede ser individual enc ada uno de los cotrayentes. Uno puede contraer matrimonio con fine patrimoniales, otro por considerarlo conveniente para sus interese futuros o para su posición social esa sería la causa individual con la cual cada cotrayente va al matrimonio; pero la naturaleza del negocio

(13) "Es la voluntad la facultad mediante la que se consiente el matrimonio. Más la voluntad, en cuanto tal, es ciega y se requiere del concurso previo del entendimiento con el fin de que aporte aquel conocimiento, al menos mínimo, sobre la naturaleza del matrimonio sin el cual la voluntad no podría determinarse con sentido al faltarle la imprescindible percepción de su objeto... Ello significa que faltando un conocimiento mínimo del matrimonio, más que vicio o anomalía del consentimiento, lo que hay es imposibilidad de existencin del consentimiento por falta de su presupuesto intelectual previo". P.J. Viladrich comentarios al Canon 1095 y siguientes. C.I.C. EUNSA, 1983, págs. 654 y sigs.

matrimonial, por el contrario, es siempre la misma, es invariable; todos los matrimonios contraídos, los que se contraen y los que se contraerán, siempre tendrán la misma naturaleza, o sea la misma estructura, los mismos fines que están queriendo ser alcanzados por todos los que contraen matrimonio y necesitan utilizar los mismos medios para alcanzar los mismos fines, puesto que estos medios son impuestos por la naturaleza humana. Probablemente la confusión nace de que en muchas ocasiones, casi podríamos decir que en la mayoría y en los negocios matrimoniales normales, la causa coincide con la naturaleza, o sea los contrayentes se casan porque quieren cumplir los fines naturaleza del matrimonio y aceptan para lograr esos fines los medios que la naturaleza humana impone para lograrlos; esto es, el derecho al propio cuerpo, o sea el entregamiento al otro cónyuge; y para realizar la ayuda mutua, o sea ayudarse mutuamente para lograr la mejor educación posible para la prole. Según esto, en los casos normales, naturaleza del matrimonio y causa del matrimonio coinciden porque los contrayentes van a querer lo que la naturaleza matrimonial les pide. Aunque tengan evidentes puntos de contacto, causa y naturaleza, son dos conceptos diferentes. En realidad, dado que, la naturaleza, son dos conceptos diferentes. En realidad, dado que, la naturaleza del

del pacto conyugal o matrimonio in fieri, es la de ser un negocio jurídico consensual, del que surge la relación jurídica matrimonial o matrimonio in facto esse. La causa de ese negocio es solamente un elemento decisivo pero no esencial del mismo, pretende siempre desde luego en la relación negocial, pero que no influye sobre la validez del negocio cuando esa causa interna y psicológica no ha perturbado la decisión libre del sujeto, sino que ha actuado solamente como el de la voluntad que ha llevado al sujeto a tomar la decisión libre de contraer matrimonio. En otras palabras, naturaleza del matrimonio, o es sinónimo del negocio jurídico (pacto conyugal), o lo es de la relación jurídica (estado matrimonial), mientras que la causa alude al por qué y al para qué del negocio matrimonial, función que ya está insertada en el esquema formal y legal del matrimonio.

Los contrayentes, al momento de manifestar su consentimiento matrimonial, no requieren tener presente en ese acto y hacer explícitas todas las finalidades matrimoniales; pero se entiende que las conocen y las aceptan al admitir el negocio matrimonial. Puede ser que no sepan los medios concretos necesarios para realizar los fines matrimoniales, pero eso no es necesario para la validez

del matrimonio. Puede ignorarse la forma en que se procrean hijos, se ignorará desde luego la forma en que éstos se van a educar, mucho más ignorancia existirá, casi podríamos decir imposibilidad de conocer la forma en que se van a ayudar mutuamente los cónyuges el resto de su vida; pero sólo se requiere para la validez del matrimonio que estos fines sean admitidos, o sea no excluidos, aún cuando no se conozca como se realizan o como van a poder realizarse en la vida de los cónyuges.

CAPITULO II

EL CONSENTIMIENTO PARCIALMENTE SIMULADO

Para empezar a hablar de la simulación, es importante recordar a uno de los autores clásicos en esta materia de simulación: Francisco Ferrara, quien al respecto nos dice:

"Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece. Entre la forma extrínseca y esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio, que aparentemente, es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio y cons

tituye una máscara para ocultar un negocio distinto. Este engocio, pues está destinado a provocar una ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando en verdad, o no se realizó o se realizó otro negocio diferente del expresado en el contrato. (14) y (15)

No es ocioso recordar en este momento que es diferente la mentira del error, yus que éste se refiere a la falta apreciación de la realidad por tal parte del sujeto, en tanto que la mentira se refiere a una actitud de engaño; conociéndose perfectamente bien la realidad, se dice lo contrario de lo que se piensa. A su vez, Trabuchi afirma:

-
- (14) Spencer Vampré define la simulación "Como toda declaración engañosa de voluntad para producir efectos diversos del ostensiblemente indicado, consentimientos de violar derechos de terceros y disposiciones de la ley" (Manual de derecho civil brasileño) T.I, Rio de Janeiro, 1920, 60). Al igual que esto, los autores con frecuencia, al tratar de la simulación, se refieren exclusivamente a los negocios jurídicos patrimoniales y a los perjuicios que éstos pueden producir en el patrimonio de terceros. Por eso nos parece mejor la definición de Ferrara citada en el texto o la de Venwetter (Las obligaciones en derecho romano, París, 1883) que dice que la simulación "consiste en fingir el derecho de celebraun acto jurídico que en realidad no se piensa celebrar."

"Se da la simulación cuando la recíproca declaración de las partes no corresponde a su común querer interno. El contraste entre lo que se quiere y declara y lo que se conoce y quiere por ambas partes; en otro caso se daría sólo una doble reserva mental de no querer lo que se declara. Por tanto, se dirá que en la simulación, más que divergencia entre la voluntad y delcaración, nos hallamos ante una divergencia entre dos voluntades concordes: aquella que mira a crear la apariencia y la que tiende a la diversa y efectiva relación entre los cotnratantes; se quiere el negocio, pero no se desean sus efectos. (16)

Por último, se considera importante también

(16) Ttabucchi, alberto. Instituciones de derecho civil. Edit.Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p.162.

mencionar lo que a este respecto escribe Emilio Betti, quien nos dice:

Existe simulación cuando las partes de un negocio bilateral, de acuerdo entre ellas o el autor de una declaración con destinatario determinado en inteligencia con éste, dicta una regulación de intereses distinta de la que piensan observar en sus relaciones, persiguiendo a través del negocio un fin (disimulado) divergente de su causa típica. Fin divergente que, a) puede ser también de autonomía privada caracterizando un tipo de negocio, diferente al simulado; b) Puede ser de naturaleza contraria, extraño al cometido de la autonomía privada. En la hipótesis (a) la simulación se acostumbra a denominar relati-

va (por ejemplo, se celebra una venta para un fin de donación, o una venta con facultad de retracto para un fin con garantía real). En la segunda hipótesis (b) en la que la intención práctica de las partes no se dirige a ningún negocio, la simulación se suele llamar absoluta (por ejemplo, se realiza una enajenación sin ninguna causa que pueda justificarla, sólo para sustraer a los acreedores la garantía constituida por los bienes del deudor. (17)

De lo anterior se desprende que en términos de negocio jurídico, se debe entender por simulación aquella anomalía en virtud de la cual, bajo la apariencia de un negocio jurídico normal, se oculta otro propósito negocial.

(17) Betti, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Madrid, Editorial Revista de Derechos Privados, p.297.

ya sea éste contrario a la existencia misma del negocio (simulación total), ya corresponda a otro tipo de negocio (simulación parcial). (18)

En consecuencia, aunque la simulación suponga una divergencia entre voluntad y declaración, no se reduce a ella, como tampoco se reduce a unas declaraciones contrarias. Por eso se puede afirmar que la declaración simuladora es querida no sólo para ocultar o engañar, sino para crear una apariencia jurídica y para conseguir unos fines determinados.

Aplicando los conceptos anteriores a la materia de este trabajo, o sea a la institución matrimonial, se recuerda que constituyen las propiedades del matrimonio aquellas características que son indispensables para que se puedan realizar los fines del matrimonio: por tanto, podemos pensar que para que se pueda procrear, educar a la prole y efectuar la ayuda mutua entre los cónyuges, será necesario, estar en presencia de una sociedad permanente, y esas propiedades serían la unidad referido a esa

(18) No obstante la crítica que ha recibido por parte de varios autores sigue siendo válida la distinción que inaugurara Francisco Ferrara en su clásica obra, en la que distingue entre simulación total y parcial, llamadas también en ocasiones absoluta y relativa.

sociedad y la indisolubilidad en cuanto que es permanente. Ya se ha dicho, en el capítulo referente al consentimiento matrimonial, que para que el matrimonio exista, los cónyuges necesitan querer los fines del matrimonio. Como las propiedades del matrimonio se derivan directamente de los fines, ésta también deben de ser queridas por los cónyuges, en el mismo sentido que se ha señalado para los fines del matrimonio, o sea deben de ser queridas en el sentido de que no sean explícitamente excluidas en el momento de contraer matrimonio. Consiguientemente, un matrimonio en el que uno de los cónyuges se reservara el derecho a poder rescindirlo unilateralmente, no podría considerarse como matrimonio, de acuerdo a lo referido anteriormente. Asimismo, si uno de los cónyuges pretende reservarse el derecho de contraer nuevo matrimonio con distintas personas y volverlo por tanto poligámico, tampoco podría considerarse que contrae matrimonio, puesto que yendo directamente contra las propiedades de unidad y de indisolubilidad, va también contra los fines de procreación, educación de la prole y ayuda mutua de los cónyuges. Si una de las partes, o las dos, por un acto positivo de su voluntad excluyen el matrimonio mismo, o todo el derecho al acto conyugal o alguna propiedad esencial del matrimonio, contraen inválidamente.

Como se advierte, se contemplan dos hipótesis realmente distintas: la exclusión del matrimonio mismo y la exclusión de alguno de sus elementos esenciales. A la primera hipótesis la doctrina le aplica el término de simulación absoluta o total, mientras que a la segunda, que a su vez encuadra tres supuestos, con menos convicción y mayor convencionalismo, se le viene denominando simulación relativa o simulación parcial.

Una característica peculiar que presenta el negocio matrimonial en relación con los demás negocios jurídicos, es la de que en el matrimonio existe la posibilidad de simular unilateralmente, supuesto que sería muy difícil que se diera en otro tipo de negocios. Dicha posibilidad es verdaderamente singular, aunque coherente con la naturaleza del matrimonio y del consentimiento. Así, algunos autores hablan de una intención no expresada en un pacto, sino retenida mentalmente contra los fines del matrimonio es decir, una reserva mental (intentio mente retenta), que en los demás negocios jurídicos no tienen normalmente ninguna relevancia, pero que en relación con el matrimonio tiene una importancia muy grande, como se verá posteriormente, pues la posibilidad de que uno de los cónyuges simule su expresión de voluntad, puede llegar

en ocasiones a invalidar el matrimonio, cosa que no se daría en ningún otro negocio de contenido patrimonial.

2.1. Simulación total del matrimonio.

Tiene lugar la simulación total cuando una o ambas partes contratantes excluyen la figura del matrimonio por medio de un acto positivo de la voluntad, es decir, celebran aparentemente un matrimonio que no quieren en su esencia; por ende, están excluyendo la figura del matrimonio mismo. La simulación total puede darse cuando los dos cónyuges de común acuerdo aparentan contraer matrimonio, pero ninguno de los dos lo desea realmente, como puede ser el caso de un acuerdo previo a la formalidad matrimonial en el sentido de que éste sólo se va a contraer para adquirir nacionalidad, por ejemplo, para poder obtener pasaporte, para obtener créditos privilegiados que sólo se conceden a personas casadas, para llenar ciertos requisitos con el fin de adquirir una herencia, o situaciones similares en las cuales el matrimonio se utiliza única y exclusivamente como una figura externa sin ninguna voluntad real por parte de los contrayentes de celebrar dicho matrimonio. También hay simulación total cuando uno de los cónyuges sí desea realmente el matrimonio, pero el

otro no lo desea en ninguna manera. El consentimiento conyugal no llegó a formarse y, como ya se ha visto anteriormente, conyugal no llegó a formarse y, como ya se ha visto anteriormente, para que exista matrimonio se necesita acuerdo de ambos cónyuges, no habiéndose producido dicho acuerdo aunque uno de ellos quiera el matrimonio si el otro no lo quiere, en ninguna forma podemos hablar realmente de auténtico matrimonio.

Por consiguiente, en el supuesto que estamos considerando, los cónyuges no están excluyendo alguna de las propiedades matrimoniales, sino que, como ya se ha dicho, están excluyendo la figura del matrimonio, es decir el matrimonio mismo.

Hay autores que piensan que la simulación parcial y la simulación total no deben de distinguirse una de la otra, ya que todas tienen como consecuencia la nulidad y por tanto van en contra de la figura del matrimonio, es decir, no se está queriendo en ninguno de los casos contraer el matrimonio. Según estos autores, cuando alguno de los cónyuges excluye cualquiera de las propiedades o cualquiera de los fines del matrimonio mismo, aún cuando explícitamente acepte los otros fines o las otras propiuda-

des o cualquiera de los fines del matrimonio, lo que realmente está excluyendo es el matrimonio mismo, aún cuando explícitamente acepte los otros fines o las otras propiedades no excluidas. Para los autores que defienden esta tesis, el matrimonio tiene que aceptarse siempre tal cual es sin exclusión de ninguna de sus finalidades o ninguna de sus propiedades. La exclusión de una sola de ellas es realmente exclusión del matrimonio en sí mismo. Sin embargo se considera que hay elementos suficientes para poder distinguir entre una simulación total y una simulación parcial del matrimonio: es muy diferente la situación de los cónyuges que no desean ninguna de las propiedades y ninguno de los fines del matrimonio y que sólo quieren la formalidad externa del mismo para otras finalidades que no tienen que ver nada con la vida conyugal, como son los ejemplos antes mencionados de adquirir nacionalidad, recibir una pensión, un crédito, una herencia o supuestos similares, y de aquellos cónyuges que sí desean algunos de los fines del matrimonio pero no los desean todos; en este segundo caso, aunque el matrimonio también resulte nulo se puede decir que es como simulación parcial porque no se ha excluido en el ánimo de los contrayentes todo lo que implica la figura matrimonial, sino sólo algunos

de los fines (19).

Esto no quiere decir que nosotros admitamos en ninguna forma que pueden contraerse matrimonios en los cuales los cónyuges pueden modificar a su libre voluntad las finalidades o las propiedades, sino sólo estamos afirmando que para el estudio de la simulación del consentimiento matrimonial podemos distinguir entre aquellas situaciones en que los cónyuges no quieren nada del matrimonio y aquellas otras situaciones en las que los cónyuges quieren algo aún cuando no lo quieren todo, independientemente de la nulidad de ambas situaciones como consecuencia de esa simulación total o parcial del consentimiento conyugal.

-
- (19) Casi todos los autores sostienen que para existir simulación total del matrimonio se requiere "un acto positivo de la voluntad" que excluya el matrimonio mismo o un elemento esencial o una propiedad esencial. Así por ejemplo, P.J. (op.cit., p. 664) afirma que la simulación total es cuando lo que no se quiere es el matrimonio mismo "...El acto positivo de exclusión se puede presentar de tres modos: a) cuando ella o ambos contrayentes mediante el obrar de su voluntad, no han querido nunca poner la intención actual o virtual de contraer y han querido la falta de voluntad interna... La voluntad del contrayente obra, pero su objetivo en la ausencia queda de intención de contraer. Si faltó la voluntad interna de contraer y esa ausencia fue decidida, hay acto positivo de voluntad, cuyo objeto es querer la ausencia de "intenti contrahendi" actual o virtual sin la cual no puede por derecho natural haber vínculo; b) cuando uno o ambos contrayentes, mediante el obrar de su voluntad, ponen actual o virtualmente sin verocar -la intención de no contraer... En este segundo supuesto el objeto del acto positivo de voluntad en la presencia querida de la intención de no contraer; c) cuando uno o ambos contrayentes mediante el obrar de su voluntad ponen una intención de no obligarse. En este último supuesto el objeto del acto positivo se dirige contra la naturaleza vinculante en justicia del vínculo, por lo que éste no nace al no ser querido su naturaleza.

Sin tratar de ahondar en las diferentes hipótesis psicológicas que se pudieran plantear, para el efecto de lo que estamos tratando, algunos autores sintetizan las diversas hipótesis de la siguiente forma:

- 1º El contrayente que no tiene intención de contraer.
- 2º El contrayente con intención de contraer, pero de no obligarse.
- 3º El contrayente con intención de contraer y de obligarse, pero de no cumplir.

Esto simplemente nos está enviando a situaciones psicológicas que se pueden plantear en la persona del contrayente; sin embargo, como se ha dicho con anterioridad, cuando se excluye el matrimonio mismo, siempre se estará en presencia de la simulación total, mientras que en el caso de que se acepte cualquiera de las finalidades del matrimonio o de sus propiedades, excluyendo algunas de ellas, se estará en presencia de una simulación parcial.

Quedan por tanto unos puntos claros que

los autores que tratan de temas matrimoniales normalmente aceptan y que se podrían resumir en la siguiente forma:

- a) Unánimamente se declara que existe simulación cuando, junto a la intención de realizar seriamente el signo externo matrimonial, no hay una voluntad marital, sino otra distinta (fornicaria, concubinaria, librarse de la cárcel, etcétera).
- b) En todos los casos de simulación hay una exclusión de la voluntad marital, exclusión positiva que se realiza mediante su substitución por otra intención distinta.
- c) Basta pues, para que haya simulación total, que el sí externo de los contrayentes o de uno solo de ellos sea ficticio, puramente exterior sin correlación con un verdadero consentimiento interno.

Por lo tanto, parece ser que el punto fundamental de la cuestión reside en la manera como la disposición efectiva e interna se transforma en voluntad positiva externa. Dicha disposición interna contraria al matrimonio lleva normalmente al sujeto a no celebrarlo. Sin embargo, suele ocurrir que se quieran alcanzar unos fines determinados, radicalmente distintos de los fines del matrimonio, pero que sólo podrán obtenerse, o por lo menos así lo cree el sujeto, a través de la celebración de dicho matrimonio. Esos fines subjetivos perseguidos por el sujeto, que no son los fines matrimoniales, constituyen por tanto el motivo que lleva a éste a simular; esto tiene una gran importancia para poder calificar sobre la validez o la nulidad del matrimonio.

En todo caso, se puede concluir que la posición del sujeto que no quiere el matrimonio, pero que no obstante lo celebra, puede ser doble:

1. Si el sujeto, a pesar de la disposición interna contraria al matrimonio, quiere con un acto interno positivo de su voluntad el vínculo matrimonial, o sea la voluntad de obligarse jurídicamente a

los fines típicos del matrimonio, y acepta las propiedades del mismo, aunque sea como medio para obtener otros fines esenciales diversos que el que está buscando mediante aquel acto, se emite un verdadero consentimiento matrimonial, sea cual fuere la intención respecto al cumplimiento de las obligaciones que asume, o sea se celebra con la intención de no cumplir, pero en este caso el matrimonio es perfectamente válido, porque hubo, como se dijo, una voluntad de obligarse jurídicamente a los fines típicos del matrimonio.

2. Puede ser que la voluntad del sujeto quiera exclusivamente los fines esencialmente diversos al matrimonio sin querer que entre él y el otro contrayente se forme un verdadero vínculo ni siquiera como medio para conseguir esos fines. En estas circunstancias se puede afirmar que el sujeto quiere sólo el signo externo del matrimonio como medio para alcanzar

los fines subjetivos pretendidos y no quiso en ninguna manera ni en ningún momento que se formara el vínculo matrimonial como sería el caso mencionado en el inciso anterior. En consecuencia, este segundo caso se produce la exclusión del mismo matrimonio y, por ende, no se forma el vínculo matrimonial. Es un caso de simulación total.

2.2. El consentimiento matrimonial parcialmente simulado.

Entramos ahora al estudio del consentimiento matrimonial parcialmente simulado aplicando al negocio matrimonial los principios que se han señalado para todo negocio jurídico, tratando de descubrir las peculiaridades propias de la simulación en el matrimonio.

2.2.1. Simulación total y simulación parcial de voluntad de los contrayentes.

Los supuestos que nos presenta la simulación parcial denotan en el contrayente una pretensión que normalmente es contradictoria y en algunos casos podríamos

decir que imposible.

Hay autores que, según hemos visto, distinguen dos situaciones distintas. 1) La intención de no obligarse y, 2) la intención de no cumplir las obligaciones asumidas. La primera es invalidante, en tanto que la segunda es irrelevante, ya que la intención de obligarse es, como ya se señaló en anteriores páginas, la que constituye el consentimiento.

Antiguamente se debatía una polémica en la que se llegó a sostener que una cosa era el derecho y otra cosa muy distinta era el ejercicio del derecho. Por esta razón se pensaba que solamente invalida el acto de contraer, la intención contraria al derecho a la prole, a la unidad o a la fidelidad, pero no la exclusión del ejercicio de esos derechos.

Por mi parte, considero que no es correcta la postura que pretenda atribuir diversos efectos jurídicos a la intención de no obligarse y otros diferentes a la intención de no cumplir, ya que si se está contrayendo con la idea de disolver el vínculo, por ejemplo, se está en ese momento negando a la otra parte el derecho a la

indisolubilidad del matrimonio y en consecuencia se está negando el derecho y su ejercicio.

Con lo que se ha mencionado se podría concluir lo siguiente:

1. Es cierto que en el plano de la mera especulación jurídica, una cosa es el derecho a la prole o a la fidelidad y otra es el ejercicio de esos derechos.
2. Esta distinción no tiene cabida en el pacto matrimonial ni, por ende, en el consentimiento, ya que tanto la prole como la fidelidad no pueden estar en el consentimiento más que de manera radical y fundamental. Debido a estas razones es que en el consentimiento matrimonial se concede al otro cónyuge el derecho sobre el propio cuerpo en orden a engendrar la prole y, por esto, si en el matrimonio se expresara algo contrario al derecho recíproco a los cuerpos o a los bienes de la unidad o de la fi-

delidad, no habría matrimonio. La voluntad de crear y conceder esos derechos no pueda ser excluido del consentimiento matrimonial de tal manera que los cónyuges, después del matrimonio, queden legítimamente obligados a observar la fidelidad conyugal, a respetar la unidad del matrimonio, a no disolverlo y a realizar, cuando cualquiera de ellos lo pida legítimamente, los actos propios para engendrar. Otra cosa será si no ejercitan esos derechos, pues el ejercicio o no ejercicio no tienen que ver con la existencia del derecho.

3. Cuando en el consentimiento se excluye o se limita el ejercicio de uno de esos derechos, en realidad lo que forzosamente se estaría excluyendo en el derecho mismo, ya que de otro modo sería un contrasentido decir que mediante el pacto conyugal se concede un derecho con una obligación correlativa y en el mismo momento se está negando la posibilidad de ejercitar

ese derecho en la otra parte. Es decir, que un cónyuge tiene derecho a la prole; pero para poder tener derecho a esa prole necesita lógicamente del ejercicio del derecho del otro cónyuge. Lo mismo ocurriría si ejemplificáramos estos problemas en cualquier otro de los bienes o propiedades de la figura de que se está tratando.

Debido a estas razones debemos tener bien claro que la simple intención de no cumplir con las obligaciones conyugales no pueden considerarse como una simulación parcial, puesto que en estos casos estaríamos en presencia de una simulación total.

Cuando, en cambio, se trata de la llamada simulación parcial en la que una cierta relación o incluso vínculo es querido por una o ambas partes, aunque privados de elementos o propiedades esenciales, en tal caso, el acto positivo de voluntad tiene que consistir en una

exclusión directa de dicho elemento o tropiedad. La razón es clara: como una cierta relación o, incluso, vínculo es querido por el contrayente, si éste no pone un acto directo y expresamente negativo de su voluntad contra tal elemento o propiedad el vínculo, -que no es en cuanto tal, excluido- nacería con todos sus elementos o propiedades. (20)

Precisamente este autor hace consistir la diferencia entre el simple error como vicio de la voluntad y la nulidad desviada de la simulación parcial, en que esta última requiere siempre de un "acto positivo de rechazo", o sea una intención de no obligarse y, en cambio, aquél, como ya es sabido, puede reducirse siempre en el fondo a una falsa representación de la realidad.

(20) Viladrich, P. J., op. cit., pág. 665.

C A P I T U L O I I I

LA EXCLUSION DE LA PROLE3.1. Los tres tipos de simulación parcial.

Es bien sabido ya, puesto que ha quedado explicado en las páginas anteriores, el concepto de simulación parcial, la que a su vez encuadra tres hipótesis diferentes: la unidad, la prole y la indisolubilidad que representan los bienes matrimoniales, las cuales se van a analizar de una manera singular. De esta forma, estamos entrando, entonces, al eje central sobre el cual debe girar esta tesis. El análisis que a continuación se presenta es muy importante debido a que de los resultados que se obtengan, dependerán las conclusiones a las que se puede llegar en las partes finales de este trabajo. Es este tema realmente el meollo de nuestro estudio.

Todo lo anterior puede considerarse como

el antecedente necesario para aclarar la exposición del tema y todo lo consecuente no va a ser más que conclusión de la actitud que tenemos y de las consecuencias que saquemos del estudio de la simulación parcial del consentimiento matrimonial y, concretamente, de la simulación que se produce cuando uno o ambos cónyuges han excluido o quieren excluir la prole.

3.2. Exclusión de la unidad.

Aunque no es éste el tema central de la tesis, parece conveniente insertarlo con el único fin de que queden explicados, aunque sea brevemente, los bienes del matrimonio de los cuales la unidad es uno de ellos, como integrante del mismo. Con esto, la simulación por exclusión de la prole tendrá también apoyo y se podrá estudiar con mayor claridad al contrastarla con la simulación que se produce al excluir los otros bienes del matrimonio. Cuando hablamos de la unidad hemos de referirnos siempre a que el matrimonio debe contraerse entre un solo hombre y una sola mujer, es decir, el matrimonio por naturaleza no puede permitir el enlace poligámico; únicamente permite la monogamia, y esta norma la encontramos en la naturaleza misma de la figura jurídica que, a su vez, deriva de lo

misma naturaleza humana, la cual se manifiesta solamente en dos sexos, que deben tener iguales derechos y obligaciones, lo cual no puede darse en la poligamia; (21) además, como es sabido, los fines del matrimonio no se logran, o bien se consiguen de manera muy imperfecta y difícil en el matrimonio poligámico. Por tanto, si alguno de los cónyuges en el momento de expresar su consentimiento matrimonial excluyera expresamente la unidad, o sea se reservara el derecho a poder contraer nuevo matrimonio válido con otra persona distinta de aquella con la cual está contrayendo, claramente resultaría una voluntad totalmente en contra de la naturaleza matrimonial.

(21) Resulta evidente que la poligamia en cualquiera de sus formas como poligamia o como poliandria atenta contra la igualdad jurídica elemental que debe existir entre hombre y mujer, en nuestro derecho, el reconocimiento formal de esa igualdad es ya de vieja tradición jurídica, pues ya desde el Código Civil de 1880 se reconoció dicha igualdad cuando en su artículo del Código de 1884 y es aún más explícito el reconocimiento de dicha igualdad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia no queda sometida por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicios de sus derechos civiles". Además la unidad del matrimonio ha sido siempre característica esencial en nuestra legislación civil: Cfr. Código Civil de 1870 art. 163 frac. LX; Código Civil 1884 art. 159 frac. IX; Código Civil 1928 art. 156 frac. X, en las cuales se establece la nulidad del matrimonio por subsistencia de un vínculo matrimonial anterior.

En consecuencia no se podría, en este caso, hablar de auténtico matrimonio; la naturaleza monogámica del matrimonio natural es de tal manera imperiosa sobre los cónyuges, porque es la mejor manera de lograr las finalidades matrimoniales, que no admite ninguna exclusión ni voluntad parcial alguna o ninguna reserva por cualquiera de los cónyuges que pueda permitirle contraer otro matrimonio válido, excluyendo con eso la unidad del matrimonio que pretende contraer. Queda perfectamente claro que no sería matrimonio aquel en el cual uno o ambos cónyuges pretendieran hacer una manifestación externa de voluntad mediante la cual se reservarían el derecho de contraer otro matrimonio igualmente válido con persona distinta. Si esta reserva sólo es interna, debemos de concluir también que la simulación sería total y la nulidad del matrimonio también sería absoluta, pues no puede decirse que ha querido realmente contraer matrimonio el que pretende reservarse el derecho a ejercer la poligamia.

3.3. Exclusión de la indisolubilidad.

En relación con la simulación, que es el tema que nos ocupa en este estudio, se puede volver a distinguir dos supuestos, el primero es aquel en el cual la

exclusión de la indisolubilidad se manifiesta expresamente (ya se ha dicho que no se considera que se pueda contraer matrimonio válido bajo estas condiciones); el segundo supuesto es aquel en el cual no se manifiesta la exclusión de la indisolubilidad, sino que ésta sólo queda en el ánimo, en el fuero interno de uno de ambos contrayentes. En mi concepto, no se modifica para nada la calificación que se ha dado anteriormente. Si uno de los cónyuges, al momento de contraer matrimonio internamente, no desea contraerlo sino reservarse el derecho para darlo por disuelto cuando así lo crea conveniente, o si ha habido un acuerdo de simulación en virtud del cual ambos cónyuges están conformes de terminar el matrimonio cuando de común acuerdo ambos lo decidan, aún cuando en el momento mismo de contraer no se manifieste este acuerdo de simulación, el matrimonio sigue siendo un matrimonio simulado y por tanto ese consentimiento no es capaz de formar un auténtico vínculo matrimonial. (22)

-
- (22) Una consecuencia necesaria de esta afirmación es que el matrimonio contraído bajo legislación que admite el divorcio por mutuo consentimiento es matrimonio simulado. No quiere esto decir que todo matrimonio contraído el divorcio por mutuo consentimiento, sean nulos sino que, el matrimonio sería nulo si los cónyuges al momento de contraerlo desean casarse con las condiciones, salvedades y prerrogativas que les dan esas legislaciones divorcistas. En efecto si una persona se casa manifestando expresamente que el matrimonio subsistirá sólo mientras permanezca la voluntad de seguir casados, o lo que es lo mismo, que el matrimonio terminará cuando ambos ya no quieran seguir casados, ese matrimonio es nulo por simulación del consentimiento, según lo hemos manifestado en el texto de este trabajo. Pues bien los matrimonios celebrados con el solo deseo de contraer las obligaciones y derechos que marca el Código serán nulos si dicho código les permite divorciarse cuando se ponen de acuerdo.

3.4. Exclusión de la prole.

Este tipo de simulación parcial tiene lugar cuando se excluye todo derecho al acto conyugal, o se le limita a un tiempo o a unas circunstancias determinadas. Aunque pudiera parecer este problema como una cuestión muy sencilla, encierra una problemática bastante grande que presenta situaciones controvertidas.

El problema se centra principalmente en torno a las siguientes preguntas: 1ª Desde el punto de vista de su exclusión; ¿Todo el contenido del bien de la prole, fin primario, se agota en la expresión "todo derecho al acto conyugal"? 2ª ¿Son sinónimos las expresiones "derecho al cuerpo, perpetuo y exclusivo" y "todo derecho al acto conyugal"? 3ª ¿Con el término "todo" se indica solamente las exclusiones perpetuas o también las temporales?.

El problema que se presenta tiene muchpísima trascendencia en la práctica, amén de que de esto puede depender la validez del matrimonio en cualquiera de los siguientes casos: matrimonio con esterilización procedente; exclusión de la prole por medios anticonceptivos, o de

eliminación de la gravidez o de la voluntad deliberada de matar a la prole, o de no recibirla o incluso de no educarla; exclusión de la prole hasta que cambien determinadas circunstancias o después del segundo hijo, etcétera. Con objeto de estudiar mejor el problema que se está considerando, es conveniente presentar algunas doctrinas referentes a este asunto que pueden servir para reflejar las diferentes posiciones en que se han colocado los autores que han tratado esta materia. Una primera consideración acerca de dónde está realmente el problema, nos lleva a pensar que éste, principalmente, lo encontramos en torno a saber si este tipo de simulación parcial tiene por objeto la exclusión de la prole o solamente la exclusión de los actos conyugales aptos para la generación, problemas que se nos presentan como distintos.

La intención contra el bien de la prole como característica esencial del matrimonio, se da solamente cuando se excluye todo derecho al acto conyugal considerando esta última expresión en su sentido más literal. Comencemos por distinguir: una cosa es en el ánimo del contrayente excluir el derecho a los actos conyugales y otra cosa sería excluir la prole misma autorizando la realización de los actos conyugales. Queda bien claro, por

las finalidades mismas del matrimonio, que la voluntad propia y directa para contraerlo es el admitir por parte de el otro cónyuge todos los actos cónyugales propios para engendrar.

A cualquier jurista habituado a relacionar preceptos positivos ha de parecerle lógica la postura de distinguir entre las expresiones acto conyugal y acto para la generación; ambas significan cosas diferentes de modo inmediato. Las reservas aquí proceden de la tremenda amputación que la postura de no distinguir entre ambas expresiones opera en la naturaleza jurídica del matrimonio como institución delineada en los preceptos legales. Por eso, quien tenga voluntad de impedir que la acción natural del acto generativo cumpla su ciclo, no entrega ni acepta el derecho al cuerpo en orden a los actos de suyo propios para engendrar, porque no se puede decir que asuma la obligación de hacer quien no asume a un tiempo la obligación de no hacer respecto a los mismos actos, es decir de abstenerse de convertirlos en no idóneos para la generación. Por tanto, la sola expresión de que el matrimonio da derecho al cuerpo del otro cónyuge, podría parecer pobre y en consecuencia limitada. En efecto puesto que el matrimonio es una institución por la procreación y educación de la prole, tiene que estar necesariamente orientado hacia la misma.

El derecho al cuerpo del otro cónyuge no es sólo para realizar en él los actos conyugales, sino para no impedir lo que la naturaleza ha unido necesariamente al acto conyugal. Aquel cónyuge que desee exclusivamente el acto conyugal y excluyera mediante un acto positivo de su voluntad la prole, estaría en realidad expresando el mismo consentimiento que se hace en las casas de prostitución. Rebajar el matrimonio a esta categoría es ponerlo a la altura de las casa de mancebía. (23) Podría tener razón Engels, respecto a este tipo de matrimonios, cuando decía que la esposa no es más que una prostituta cuya única diferencia es que no se alquila por horas, sino que se entrega en esclavitud perpetua. Interesa subrayar esta situación porque es de los puntos medulares de este trabajo. En un acto de fornicación extramatrimonial, normalmente lo que se busca es el placer sexual con exclusión completa y total de la prole. No se quiere engendrar en la prostituta. En cambio, lo que caracteriza, lo que da su valor

(23) Cfr. Pacheco Alberto, Matrimonio y concubinato según el Código Civil, México, 1975, pág. 17, en donde afirma: "Los contrayentes se casan para tener hijos; esa es la razón por la cual la mujer está conforme en constituir sobre ella el derecho del debigo y viceversa; eso es lo que da legitimidad a los actos conyugales y coloca a los esposos en la dignidad propia de persona humana. La posibilidad de los hijos es lo que realmente hace legítimo ese derecho peculiar y recíproco que nace del matrimonio y que... forma parte necesariamente de la unión matrimonial".

completo al acto conyugal, es precisamente la prole. Buscar la prole es la finalidad primaria del acto matrimonial en el cual el placer viene como una consecuencia y como una cosa no buscada en sí misma directamente. Cuando la voluntad de los cónyuges altera la naturaleza y pone en primer lugar el placer sexual tratando de excluir la prole, se ha rebajado el matrimonio y es dudoso que podamos seguir hablando de que contrae matrimonio el que sólo quiere el placer sexual o lo quiere por temporadas o excluye la prole en cualquiera de sus múltiples formas a las cuales hemos aludido anteriormente.

No sólo el derecho al cuerpo (ius ad corpus) está ordenado a la generación, sino también todos los restantes derechos y obligaciones derivados del matrimonio. El matrimonio no es únicamente una sociedad para realizar la cópula conyugal. Desde el punto de vista jurídico, el matrimonio no se puede concebir como una mera societas ad cocundum, sino como una sociedad para la cópula en función de la generación. Al mismo tiempo la generación efectiva, por especificar la institución en último grado, tiene razón de primer principio, y por ello informa a toda la estructura matrimonial, tanto al ius ad corpus como a los restantes derechos conyugales.

De lo dicho anteriormente queda claro que aquellos matrimonios en los cuales uno o ambos de los contrayentes excluyan el derecho al acto conyugal, son matrimonios nulos.

¿Qué sucede sin embargo en las otras hipótesis que se han mencionado anteriormente, o sea aquellos casos en los cuales se está conforme en otorgar un derecho recíproco al acto conyugal, pero se limita expresamente la prole acordando, por ejemplo, no tener actos matrimoniales generativos hasta después de un plazo de haber contraído el matrimonio o realizar los procedimientos necesarios para excluir la prole una vez que se llegue a un número determinado de hijos? Aquí no estamos ya en presencia de una exclusión total de derecho al cuerpo del otro cónyuge. No obstante, como ya se dijo anteriormente, no podemos entender el derecho al cuerpo (ius ad corpus) solamente como un derecho a realizar actos sexuales con el otro cónyuge, sino a una obligación de no excluir la posibilidad generativa de dichos actos sexuales interrumpiendo artificialmente lo que la naturaleza humana ha puesto en relación sexual entre hombre y mujer. Si en el acto mismo del matrimonio los cónyuges, mediante un acto positivo de su voluntad, estuvieran en cualquiera de las hipótesis antes men-

cionadas, estarían contrayendo inválidamente. (24) No podemos considerar como un consentimiento matrimonial eficaz aquel en el cual uno de los cónyuges o ambos desean modificar los procesos naturales para limitar el nacimiento de la prole. Dichos matrimonios, desde el punto de vista del consentimiento, serían nulos.

Otra cosa muy diferente es el acuerdo posterior de los cónyuges para limitar los nacimientos, es decir, esta hipótesis no es la anterior. Esta, considera que el matrimonio se celebró válidamente sin que los cónyuges excluyeran, mediante un acto positivo de su voluntad, ni el derecho a los actos conyugales ni la exclusión expresa de la prole, sino que habiendo contraído válidamente el

(24) Es necesario distinguir con toda claridad la exclusión de la prole hecha expresamente en el momento del matrimonio o la regulación artificial de la misma, puesta como condición para el matrimonio, del acuerdo de los cónyuges posterior al matrimonio para lograr los mismos resultados. En el primer caso el matrimonio es nulo, según lo expuesto anteriormente, y en el segundo, el matrimonio se cotiza válidamente y el acuerdo posterior de exclusión o regulación de la parte no puede afectar el vínculo válido ya contraído. Se tratará sólo de un acuerdo inválido que va contra los naturales fines del matrimonio y que no puede tomarse legítimamente por los cónyuges, pues contradice tanto a su voluntad matrimonial original que ya no puede ser revocada ni modificada como la naturaleza misma de la institución matrimonial.

matrimonio, con posterioridad a él, se ponen de acuerdo para limitar la prole mediante actos artificiales que impidan el proceso natural del acto generativo. Aquí ya no podríamos hablar de nulidad en el matrimonio, pues ningún matrimonio puede ser nulo por causas supervenientes al acto mismo de la celebración. Este matrimonio sería válido porque reunió en el momento de su celebración todos los elementos naturales necesarios para que su validez fuera completa. Ahora bien, en relación con esta hipótesis, sólo una consideración sería digna de tenerse en cuenta en este trabajo. No hay que olvidar que el derecho al cuerpo del otro cónyuge es para realizar en él los actos propios para engendrar. Si mediante procedimientos artificiales se impide o se ha vuelto imposible la generación, es muy dudoso que permanezca entre los cónyuges el derecho al cuerpo del otro, o sea aquellos matrimonios que voluntariamente en forma artificial impiden la generación, están realizando en el acto conyugal un acto que ya no puede llamársele legítimo, puesto que se ha perdido el derecho al cuerpo debido a que éste sólo se tiene para realizar en el otro cónyuge los actos propios para engendrar. Ya que este derecho implica la responsabilidad del cónyuge para hacer su uso. Si lo que se quiere es solo el placer pero no se acepta la consecuencia natural, se está actuando

sin responsabilidad y por tanto se perderá ese derecho natural. No sería el caso, desde luego, de aquellos matrimonios estériles o que por cualquiera otra circunstancia natural no pueden tener hijos. Bajo esta circunstancia la naturaleza obra en forma distinta a la voluntad de los cónyuges, y aque al engendrar o no engendrar no depende del cónyuge, ni de la voluntad de los esposos, sino que depende de la voluntad de éstos y de otra serie de circunstancias naturales que escapan a la voluntad conyugal.

C A P I T U L O I V

EL PACTO DE EXCLUSION O LIMITACION DE
LA PROLE EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

Es muy poco lo que podremos descubrir en nuestra legislación civil mexicana relativa al tema que hemos tratado en los capítulos anteriores. Nuestro Código civil para el Distrito Federal de 1928, es especialmente omiso en su legislación relativa al matrimonio. Sólo hay dos artículos en los cuales podríamos descubrir alguna relación a la naturaleza misma de la institución matrimonial. El artículo 182, que dice: "Son nulos los actos que los esposos hicieron contra las leyes o los naturales fines del matrimonio". Y el 147, que en su redacción original decía: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta". Es notable, a primera vista, la falta de técnica y la poca precisión de los conceptos vertidos en los dos artículos transcritos. En rela-

ción con el artículo 182, en ninguna parte del Código se encuentra una alusión siquiera a cuáles son "leyes o naturales fines del matrimonio". No hay ninguna interpretación auténtica de los conceptos antes expresados y tiene por tanto que referirse al sentido común, a los principios generales del derecho a la naturaleza misma de los contrayentes, o sea, es decir, a la naturaleza humana, para saber cuales son los naturales fines del matrimonio. Quizá en una interpretación histórica podríamos acudir al artículo 155 del Código de 1884, que decía: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Sin embargo, no parece muy aceptable esta interpretación histórica, pues este Código admitía como una característica esencial del matrimonio la indisolubilidad, y habiendo admitido nuestra legislación actual el divorcio, hay que llegar a la conclusión de que se trata de dos instituciones esencialmente diferentes: aquél era un matrimonio en el cual era una característica esencial la indisolubilidad y, ahora, habiéndose admitido el divorcio, ha cambiado la esencia misma de la institución matrimonial. Y más cuando se admite el divorcio por mutuo consentimiento, pues con este tipo de divorcio, el matrimonio que se contrae conforme a nuestra

legislación civil es un matrimonio que tiene siempre implícita la cláusula de que el vínculo sólo durará mientras ambos cónyuges quieran conservarlo. Con esas ideas casi parece letra muerta el artículo 182, puesto que no sabemos ni podemos descubrir en la legislación positiva mexicana cuáles son los naturales fines del matrimonio. En relación con el artículo 147, en su versión original, el problema se plantea casi en los mismos términos: desde luego que no es correcta la palabra condición en dicho texto legal, pues condición, según el propio legislador civil, es "un acontecimiento futuro e incierto" (artículo 1938 del Código Civil). Salvada esa dificultad terminológica, cualquier pacto contrario a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no supeusto, según el texto legal. Parece ser que el legislador pretende favorecer al matrimonio con esta disposición, ya que teniéndolo por no puesto, ese pacto, si llegare a existir, no surtirá efecto legal alguno y el matrimonio se entendería contraído sin dicho pacto, o sea como matrimonio normal. Sin embargo, en nuestro concepto el legislador se equivoca también en este caso. Una condición, o más bien un pacto contrario a la perpetuación de la especie, no debe tenerse por no puesto, sino que inválida el matrimonio debido a que no hubo consentimiento para

que éste se formara, como ya se ha dejado asentado anteriormente.

Lo anterior puede tener su causa en la confusa legislación del Código Civil sobre los matrimonios nulos e inexistentes. El artículo 235 señala que son causas de nulidad del matrimonio: el error acerca de la persona con quien se contrae; el matrimonio celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 156, o la falta de forma por haberse contraído en contravención a los artículos relativos. No nos interesa considerar lo relativo a la fracción I del artículo 235, o sea a la nulidad por error en la persona. Si es de nuestra materia, en cambio, la nulidad a que se refiere la fracción II del mismo artículo, el cual remite a los impedimentos enumerados en el artículo 156. Hay que hacer notar, desde luego, que las diez fracciones que contiene el artículo 156, no son todas ellas impedimentos matrimoniales, pues el legislador sin mayor discriminación confunde a los verdaderos y auténticos impedimentos matrimoniales que son circunstancias objetivas ajenas a los cónyuges con vicios del consentimiento como son, por ejemplo, la fuerza o miedo graves considerados a la fracción VII, o faltas de capacidad en los sujetos como el idiotismo y la imbecilidad

que menciona en la fracción IX. Los vicios de la voluntad son causas de nulidad del matrimonio conforme al derecho civil mexicano, pero no están enumerados en forma expresa en el artículo 235, sino hay que irlos descubriendo en las diversas fracciones del artículo 156. Efectivamente, el error en la persona es un vicio del consentimiento y también invalida en el matrimonio el miedo grave y la violencia a que se refiere el artículo 245 del propio Código. No obstante, ninguna disposición legal admite o señala como causa de nulidad la carencia absoluta del consentimiento o la simulación de éste. La falta de esa mención no podemos considerarla como que no sean éstas causas de nulidad, sino únicamente como una omisión del legislador. El matrimonio necesariamente resulta nulo si no ha habido voluntad libre de casarse por parte de los cónyuges.

En relación con los fines del matrimonio, la legislación es omisa. Pero el sentido común nos dice que el matrimonio, aún en el derecho civil mexicano, tiene por finalidad la procreación y la educación de la prole. Podríamos llegar a esta conclusión forzando el texto del artículo 147, puesto que no sería lógico considerar como matrimonio a aquel acuerdo entre hombre y mujer en el cual insistieran de una forma expresa en excluir el derecho

al acto conyugal de excluir totalmente la prole. Decíamos que habría que forzar el texto, pues realmente el artículo 147 lo que dice es que dicho pacto se tendrá por no puesto. Sin embargo, pensamos que si los cónyuges insisten en tratar de dar validez a dicho pacto no pueden contraer matrimonio. A pesar de ello, el Código no entra en la consideración de toda la problemática que se ha planteado en capítulos anteriores. Parece claro que no puede considerarse el matrimonio según el derecho civil mexicano como aquel en el cual los cónyuges acuerden expresamente, mediante un acto positivo de su voluntad en el momento de contraer matrimonio, excluir el derecho al cuerpo del otro cónyuge o excluir la posibilidad de todo acto conyugal generativo, pues entonces estarían llendo contra la perpetuación de la especie. La perpetuación de la especie sólo puede lograrse mediante actos conyugales generativos. Empero, no se encuentra ningún fundamento en nuestra legislación positiva para tratar de invalidar aquellos matrimonios en los cuales se haya limitado el número de hijos o se haya pospuesto para una época posterior, o en alguna forma se acuerde limitar artificialmente la fecundidad del acto conyugal. El artículo 160 del Código Civil, que establece: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y socorrerse mutua-

mente", no nos saca de las confusiones anteriores, pues seguimos sin saber qué entiende el Código por fines del matrimonio. Si aclara, en cambio, en qué consiste la obligación de socorrerse mutuamente, y después el legislador en diversos artículos habla de la obligación y el derecho de alimentos y de otras instituciones similares derivadas del parentesco que produce el matrimonio. Esa obligación genérica de "contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio", tiene que ser entonces nuevamente con fuentes extralegales. Siendo así que los fines del matrimonio son conforme a la naturaleza humana, la procreación y la educación de los hijos y la ayuda mutua, parece ser que en este texto legal podríamos apoyar la afirmación de que un pacto de los cónyuges que excluyera totalmente la procreación o la educación de los hijos o la ayuda mutua, haría que el matrimonio no se contrajera legítimamente.

4.1. Las reformas de 1975.

El día 1º de marzo de 1975 entraron en vigor varias modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal, y una de ellas, la adición que se le hizo al artículo 162 del mismo Código, puede tener importancia en relación con la materia que tratamos. Efectivamente, la

adición que se hizo a dicho artículo reproduce, en su primera parte, una reforma hecha a la Constitución General de la República realizada en la misma fecha, indicando que: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos". Mas aquí la adición a dicho artículo reproduce la reforma que se hizo al artículo 4º constitucional.

Pero además, en el artículo 162 del Código Civil, se adicionó otra frase de gran importancia para nosotros por lo que toca al matrimonio: "Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges". Según este texto parece ser que los cónyuges necesitan ponerse de acuerdo para decidir sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Sin profundizar más en el tema, que nos llevaría muy lejos de la finalidad de este trabajo, sí es necesario recalcar, al menos, que dicha adición al artículo 162, atenta contra la naturaleza misma del matrimonio y deja al mismo, en una situación muy cercana a la del concubinato.

Ene facto, los concubinos tienen que ponerse de acuerdo para poder realizar los actos sexuales, que

son aquellos mediante los cuales pueden engendrar la prole. En cambio, es característica distintiva del matrimonio, el otorgar a cada uno de los cónyuges un derecho sobre el cuerpo del otro. Al tener ese derecho ya no se necesita el común acuerdo entre los cónyuges, ni se requiere ningún consentimiento del deudor para que el acreedor ejercite su derecho. El sostener lo contrario sería atentar contra uno de los principios básicos del orden jurídico y desde luego, contra la institución misma del matrimonio. Que queda perfectamente claro que con la forma de 1975, y concretamente con la adición del último párrafo del artículo 162 del Código Civil, el matrimonio en el derecho civil mexicano ya no otorga el derecho al cuerpo del otro cónyuge y, por tanto, ya no podríamos afirmar que realmente estamos en presencia de una verdadera institución matrimonial. Si los cónyuges tienen que ponerse de acuerdo para realizar el acto conyugal, ya no estamos en presencia del matrimonio, sino que estamos en presencia de un concubinato (25).

Por lo que toca directamente al tema de esta tesis, se puede afirmar que al menos la legislación

(25) Sobre esta materia ilustrativa del doctor Alberto Pacheco, citado anteriormente, demuestra con argumentos tomados del derecho positivo mexicano la incongruencia de la reforma de 1975 con otras disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal.

mexicana se ha vuelto especialmente confusa al respecto con las adiciones y reformas de 1975. Concretamente, la adición citada al artículo 162 puede interpretarse en el sentido de que sería válida para los cónyuges al pactar, en el momento mismo de celebrarse el matrimonio, el no otorgar el derecho recíproco y que, por tanto, el número y el espaciamiento de los hijos va a ser motivo de acuerdos posteriores. Así, parece ser que, según dicha adición, sería válida una convención que celebraran los cónyuges al momento de contraer matrimonio en la que exigieran al juez del Registro Civil que consignara en el acta citada la expresión de no tener hijos durante los primeros cinco años por ejemplo, o sólo tener tres hijos haciendo todas las cosas necesarias para que no nacieran más hijos no obstante que se siguiera usando del matrimonio. Ese pacto, desde luego, iría en contra de los artículos 147, 162 y 182 del Código Civil, pero no contradeciría directamente a la última parte del artículo 162 del mismo ordenamiento.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

CONCLUSIONES

- 1.- Sólo el consentimiento libremente expresado por parte de ambos cónyuges produce el matrimonio válido.
- 2.- Los contrayentes deben ser capaces de poner su consentimiento libre y que su libertad no esté viciada de modo que no haya proporción a tal grado de libertad y la gravedad de las obligaciones contraídas en el matrimonio.
- 3.- Siendo los fines naturales del matrimonio la procreación y la educación de la prole y la ayuda mutua entre los cónyuges, el consentimiento matrimonial tiene que aceptar necesariamente, para poder formar un matrimonio válido, esos fines. Esta aceptación no tiene por que ser explícita, es suficiente con no ignorar los fines del matrimonio y aceptarlos normalmente en el momento de contraer.
- 4.- Siendo la procreación de la prole uno de los fines

esenciales del matrimonio, el consentimiento matrimonial, o sea la voluntad de contraer por parte de uno o ambos cónyuges, no se puede excluir totalmente la prole.

- 5.- Conforme a la naturaleza humana, la forma de engendrar es realizar el acto sexual. Por tanto, cualquier pacto entre los cónyuges que excluyera el derecho a realizar dicho acto sexual en el matrimonio, invalidaría el matrimonio si dicho pacto se formula antes o concomitantemente con la celebración del mismo. Asimismo, sólo es válido el matrimonio que no excluye el derecho a los actos sexuales y que no impida que dichos actos sean generativos.

- 6.- La sola expresión de que el matrimonio da derecho al cuerpo del otro cónyuge es pobre e ilimitada. Si el matrimonio es una institución para la procreación y educación de la prole, tiene que ser necesariamente orientado hacia la prole y, por tanto, el derecho al cuerpo del otro cónyuge implica necesariamente la obligación de no hacer actos contrarios a la naturaleza que impidan el nacimiento de la prole.

- 7.- La limitación de la prole, por el mutuo acuerdo entre los cónyuges, es legítima; pero en virtud de que dicho acuerdo no puede modificar el derecho al cuerpo otorgado no puede modificar el derecho al cuerpo otorgado por el matrimonio, ese pacto termina cuando cualquiera de los acreedores exija el débito.
- 8.- En el Código Civil para el Distrito Federal, el pacto expreso formulado por los cónyuges en el momento de contraer matrimonio para excluir totalmente la prole, invalida el matrimonio, y es disconforme con el artículo 162 de dicho ordenamiento.
9. En el Código Civil para el Distrito Federal el pacto para aplazar la prole o limitarla a un número determinado de hijos mediante métodos que vayan contra la naturaleza del acto conyugal, hace imposible el matrimonio. No puede legítimamente autorizarse un matrimonio en el cual los cónyuges pretendieran incluir dicho pacto, pues esto es contrario a lo estipulado en los artículos 18 y 147 del Código Civil.

B I B L I O G R A F I A

1. CICU, Antonio, ^C El derecho de familia, Buenos Aires, Ediar, S. A., Editores, 1947.
2. GARCIA CANTERO, Gabriel, El divorcio, Madrid, 1977, BAC.
3. FUENMAYOR, Amadeo de, Slogans divorcistas, Cuadernos de actualidad, EUNSA, 1975.
4. FUENMAYOR CHAMPION, Amadeo de, El sistema matrimonial Española, Instituto Editorial HEUS, 1959.
5. SANCHEZ MEDAL, Ramón, "La libertad en el matrimonio y en el divorcio", en Revista de Derecho Notarial, Núm. 41, año XV, enero de 1971.
6. ZAMUDIO, Eduardo A., El concubinno, Buenos Aires, Edición Depalma, 1970.

7. MAGALLON IBARRA, Jorge Moreno, El matrimonio, sacramento, contrato, institución, Tipográfica Editorial Mexicana, S. A., 1965.
8. CANARA, Néctor, Simulación en los actos jurídicos, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1944.
9. CASTAN TOBEÑAS, José, La crisis del matrimonio, Madrid, Hijes Di Reus, Editores, 1914.
10. DE LA HERA, Alberto, Introducción a la ciencia del derecho canónico, Madrid, Editorial Tecnos, 1973.
11. GALLARDO, Ricardo, Divorcio separación de cuerpos y nulidad del matrimonio, Madrid, 1975.
12. DE BUEN LOZANO, Nestor, El crecimiento en el matrimonio de menores, en: Estudios Jurídicos en homenaje a Manuel Borja Soriano, Universidad Latinoamericana, Editorial Porrúa, S. A., México, 1969.
13. RIVADENEIRA, Códigos Españoles Concordados y Anotados, Tomo II, Madrid, 1948.
14. SANCHEZ, Ramón, De los Contratos Cíviles, 3ª edición, México, 1976.

15. REINA, victor, El Consentimiento Matrimonial, sus anomalías y vicios como causa de nulidad, Barcelona, Editorial Ariel.
16. SPENCER, Vampré, Manual de Derecho Civil Brasileiro T.I., Río de Janeiro, 1920.
17. TRABUCHI, Alberto, INstituciones de Derecho Civil, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.
18. BETTI, Emilio, Teoría General de Negocio Jurídico, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
19. PACHECO, Alberto, Matrimonio y Concubinato según el Código Civil, México, 1975.
20. HERVADA, Javier, Comentario al CDC, UNSA, 1983.
21. NODESTINO, Libro I, Regularon In Digesto, Libro XXIII, Título II.
22. Las 7 partidas, Libro de los Casamientos, Título II.
23. FENASA, Franciaco

24. VILADRICH, P. J.
25. Código Civil de 1870.
26. Código Civil de 1884
27. Código Civil de 1928.
28. FERRARA, Francisco.
29. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.