

2ej. 130



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

DERECHO



EL ERROR DEL CODIGO CIVIL MEXICANO
AL CONSIDERAR AL MATRIMONIO COMO
UN CONTRATO Y EL NO SURGIMIENTO DE
OBLIGACIONES DEL MISMO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
INDRA LOPEZ LENA GUERRERO



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
* * * * *

	PAGS.
CAPITULO I	
INTRODUCCION	1
CAPITULO II	
ORIGEN DEL MATRIMONIO	8
CAPITULO III	
NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO A TRAVES DE LA HISTORIA	27
A). Tesis al respecto	27
B). Postura que ha adoptado México	39
- En los diversos ordenamientos jurídicos	39
C). Legislación comparada	43
CAPITULO IV	
ANALISIS DEL CONTRATO EN MEXICO, EN GENERAL	45
A). Elementos de existencia del contrato	47
B). Requisitos de validez del contrato	58
C).-Efecto y terminación del contrato	73
D). Cuadro Resumen	74
F). Contratos contemplados en el Código Civil Mexicano	76
CAPITULO V	
ANALISIS ESTRUCTURAL DEL MATRIMONIO EN MEXICO	78
A). Esencia del matrimonio	78
B). Fines del matrimonio	80
C). Propiedades del matrimonio	82
D). Elementos esenciales o de existencia del matrimonio	85
E). Elementos de validez del matrimonio	93
1). Impedimentos	101
2). Del Matrimonio Putativo	104
F). Nulidad del matrimonio	105
G). Forma de disolución: El Divorcio	106

	PAGS.
H). Cuadro Resumen	111
CAPITULO VI	
ANALISIS COMPARATIVO DEL MATRIMONIO CON EL CONTRATO	113
A). Diferencias	113
B). Cuadro Resumen	126
C). Conclusión " " Técnica, Jurídica y Socialmente, EL MATRIMONIO NO ES UN CONTRATO "	129
CAPITULO VII	
CAUSALES DE JUSTIFICACION A LA CONSIDERACION DEL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO	132
A). Influencia del extranjero	132
B). Influencia de la Separación Iglesia-Estado	136
CAPITULO VIII	
¿ QUE SURGEN DEL MATRIMONIO: DEBERES JURIDICOS U OBLIGACIONES ?	140
A). Del deber jurídico	140
B). Diversos conceptos de obligación, críticas y concepto aceptado	144
C). Distinciones esenciales entre deber jurídico y obligación	152
D). Conclusión: Del matrimonio no surgen obligaciones, sino deberes jurídicos	153
CAPITULO IX	
ANALISIS DE LOS DERECHOS Y DEBERES RECIPROCOS DE LOS ESPOSOS	157
A). Estudio de los derechos y deberes jurídicos matrimoniales	157
B). Críticas al rubro del Código Civil que trata-- " De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio " (Artículos 162 a 177)	168
C). Insuficiencia en la legislación de deberes jurfi- dicos matrimoniales	173

	PAGS.
CAPITULO X	
CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES	176
CITAS BIBLIOGRAFICAS	179
BIBLIOGRAFIA	181

CAPITULO I

INTRODUCCION

El Derecho de Familia, actualmente parte principalísima del Derecho Civil, es en los presentes momentos de mutuación social, una suma de relaciones jurídicas que no deben de dejarse de considerar en toda su magnitud, cualquiera de las -- doctrinales soluciones que ante el desquiciamiento económico-social del mundo, pretenden ofrecer una verdad salvadora. Al tener la firme creencia de que por las vías del Derecho Político-se puede llegar a renovaciones de la situación social imperante, siempre y cuando no se abandone como punto de partida la esencia de la sociedad:el matrimonio, es lo que me resolvió, aunado a otras cuestiones, a escoger el presente tema de tesis, con la seguridad de que el punto a desarrollar envuelve un interés genuinamente jurídico y cuya solución redundará en beneficio de la sociedad.

Por lo común, en nuestra Facultad de Derecho, los trabajos de tesis sobre el matrimonio, se han reducido a exponer su evolución histórica o a tratar diversos problemas de carácter legal sobre la materia, siendo unos cuantos los que se ocupan en forma accesoria de la naturaleza del matrimonio. Y es que tal vez, por ser una materia que se estudia en los primeros semestres de la carrera y careciéndose, por tanto, de los suficientes elementos para juzgar por sí lo que en cátedra se afirma o en los textos se expresa, no cabe más remedio para el estu

diante que aceptar tales fuentes autorizadas. Así es como, para muchos, cobra arraigo la idea de que el matrimonio es un contrato, situación que les es confirmada por la propia Constitución-Política que nos rige, así como por el Código Civil vigente, no buscando más allá para descubrir la verdadera realidad.

Fijar la naturaleza jurídica de un acto, estable--cer lo que es en sí, adquiere suma importancia si se piensa que de ahí ha de derivar su concepto ya en el Derecho Positivo, y - toda la tutela de la Ley, lo mismo para su realización que para sus efectos y tanto para el texto legal como para la función importantísima de la jurisprudencia, que a ello ajustará sus dic--tados. Tratándose del matrimonio, por ejemplo, se puede presen--tar un caso no regido concretamente por la ley y que deberá ser interpretado dentro de la esfera normativa que rige su naturaleza jurídica. ¿ A la luz de que criterio se solucionará ? Dentro de la teoría del contrato, dirán los que así conciben al matri--monio. Pero si para otros salta a la vista que no es esa su na--turaleza jurídica, si por ejemplo sostienen que se trata de un--acomodamiento a importante institución social, y por tanto, de--interés público eminente, ¿ no serán otros los criterios que -- inspiren la solución ?

Ahora bien, el sentimiento de repulsión a la idea--de que el matrimonio es un contrato, no constituye para algunos observadores de la realidad, una positiva novedad. ¿ Pero habrá sido ya suficientemente explorado y presentado el problema, pa--

ra que no se insista -y más que nunca a la luz de nuevos horizontes sociales- sobre la realidad de la cuestión ? Yo pienso que no y claro ejemplo de ello es que nuestro ordenamiento al respecto, sigue considerando al matrimonio como un contrato. -- Quién esté convencido de que el matrimonio no es un contrato, - podrá ver más claramente la necesidad de insistir y reforzar esta opinión cuando se haya cerciorado por sí de cómo priva aún - entre muchos abogados -no se diga ya entre los ajenos a las - disciplinas jurídicas- este criterio tan falso y añejo, lo --- cual no es de extrañarse, ya que incluso hoy en día se sigue inculcando este criterio en la mayoría de las aulas universita--- rias.

Pero veamos, ¿porqué se inculca que el matrimonio es un contrato?, sencillamente, porque nuestros textos legales- así lo consideran, aún cuando realmente no lo es. Probemos lógi camente la anterior aseveración, aún cuando a lo largo de la -- presente tesis se demostrará técnica y jurídicamente. Pues bien, en esta vida, todo nace de algo, así, para que existan rosas, - se tiene que plantar un rosal, se tiene que regar, abonar, po-- dar y en fin, practicar en él todos los requisitos indispensa-- bles para su existencia, propios de la jardinería. Así en el De recho, cada acto, cada concepto, cada figura, nace exactamente, surge de algo. El contrato nace de un acuerdo de voluntades, no se dá así como así, precisa, además del acuerdo de voluntades, - de determinados elementos para existir, requisitos para su vali-- dez, tiene momentos en los cuales puede contener modalidades, -

de él surgen obligaciones, las cuales pueden hacerse cumplir -- coactivamente, tienen un término, y, finalmente se extinguen. -- En resumen, en Derecho Civil Mexicano, la Teoría General del -- Contrato es precisa y exacta, si no se reúne todo lo que en --- ella se señala para el nacimiento y vida de un contrato, éste -- jamás existirá; podrá nacer otra cosa, pero nunca un contrato. -- De lo anterior, resulta lógico que se podría considerar al matrimonio como un contrato si a éste se le aplicase la Teoría General del Contrato; pero, ¿acaso se le aplica?, pues no, claro -- que no y ¿porqué?, debido sencillamente a que no lo es y es -- aquí donde vislumbramos el error de nuestros legisladores. En -- efecto, en el matrimonio no hay términos, modalidades, ni nada -- aplicable a la figura contractual. Por ejemplo, en el contrato -- de arrendamiento, existe la prestación, existe la materia del -- contrato, en fin, la entrega para uso o goce temporal de una cosa a cambio de determinado pago; así, conductas similares existen en todos los contratos regulados en el Código Civil Mexicano. Amén de que el Código de la materia, en su sección especial de los contratos, no regula al contrato de matrimonio, es imposible que en el matrimonio se den el do ut des, do ut facias, facio ut des o facio ut facias, así como también es imposible -- que exista en el matrimonio materia a la manera de los contratos, toda vez que los cuerpos humanos están fuera del comercio -- y siendo la persona en sí, la parte esencial en el acto matrimonial, y no una cosa como sucede en el arrendamiento y en general en todos los contratos, resulta ilógico que pretenda considerarse al matrimonio como un contrato, ya que no llena todos --

los requisitos para que naciese como tal.

Pués bien, como otro punto de la presente tesis te nemos que, a lo largo de nuestra legislación civil y desde que se cometió el error de considerar en la misma al matrimonio como un contrato, igualmente se comete un segundo error; ésto es, el considerar que del matrimonio nacen obligaciones y, ¿ porqué se considera lo anterior ? Principalmente por dos causas: la -- primera, deriva de la consideración del matrimonio como un contrato, ya que todos sabemos que dentro de las fuentes generadoras de obligaciones en Derecho Positivo Mexicano, se encuentra el contrato y si erróneamente es considerado el matrimonio como tal, también fué lógico que se fijase, como segundo error, que del mismo nacen obligaciones. La segunda causa es más que nada debida a razones psicológicas, pues impresiona bastante el --- creer que por el matrimonio se está obligado a realizar determi nados actos, desconociéndose la realidad jurídica del término -- obligación. En efecto, al igual que el contrato y que todas las figuras del Derecho, la obligación también nace de algo. En Derecho Positivo Mexicano, tenemos cinco fuentes de las cuales -- pueden surgir obligaciones y son: del contrato, de la declara-- ción unilateral de voluntad, de la gestión de negocios, del enriquecimiento ilegítimo y de los hechos ilícitos. Así mismo, la doctrina señala que también pueden nacer obligaciones de los -- cuasicontratos, de los delitos, de los cuasidelitos y de la ley; al respecto de estas últimas fuentes no tradicionales, considero que los cuasicontratos son contenidos dentro de la gestión --

de negocios y del enriquecimiento ilegítimo; que los hechos ilícitos abarcan a los delitos y cuasidelitos y que la ley por sí sola no es fuente generadora de obligaciones, pues aún cuando - diversos autores así lo consideran, ésta doctrina es excesiva, - pues si se admitiera esta opinión, podría con igual razón sostenerse que las obligaciones que nacen de los contratos son también legales, lo cual no puede ser toda vez que entonces todas las obligaciones serían legales y no habría distinción entre -- los distintos actos, aunado a que, como ya quedó asentado, el - Derecho y sus nociones son precisas, y así, para tener a la --- obligación, ésta debe de surgir de cualquiera de las cinco fuentes autorizadas en Derecho Positivo Mexicano. Cabe señalar que - en dichas fuentes no se encuentra al matrimonio; en primer lugar, porque no es un contrato y en segundo lugar porque no se - encuentra como fuente independiente generadora de obligaciones, ya que sólomente son cinco las mismas. Por lo anterior, considero que lo que realmente surgen del matrimonio son deberes jurídicos, siendo esta figura conceptualizada como: la necesidad de observar una conducta conforme a una norma de derecho, y, ésta-noción sí que cabe en el campo matrimonial, pues por ejemplo, - en la ayuda mutua que surge por virtud del matrimonio, nadie -- puede obligar a un cónyuge a ayudar al otro y sin embargo, por - el Derecho Natural, que va unido a todo deber jurídico, se sien-te la necesidad de ayudarse mutuamente. En consecuencia, llego-necesariamente a la afirmación de que en la legislación del ma-trimonio, el deber jurídico fué puesto en él mismo a manera de-obligación, siendo tiempo de que se corrija.

Es por lo anteriormente explicado, que el presente trabajo, después de fundamentar punto por punto el error en que incurre el Código Civil Mexicano al considerar al matrimonio como un contrato y fuente generadora de obligaciones, nos llevará necesariamente a las conclusiones finales, debiendo de considerarse al matrimonio como lo que realmente es, situación que tendrá que acoger el Derecho, que, como ya sabemos, no permanece estático y debe evolucionar acorde con la colectividad a fin de lograr que tanto sus instituciones como sus preceptos sean respetados.

Sirva pues la presente tesis para abrir nuevos horizontes y no olvidemos que: En el matrimonio como en ninguna otra institución humana son los autores sus propios legisladores. Y aunque siempre se encuentra un escape a la ley o un paliativo para la conciencia, el matrimonio contraído por amor, no recibe otra sanción que la del amor.

C A P I T U L O I I

ORIGEN DEL MATRIMONIO

Si algún impulso vital mueve en el fondo la actividad del ser humano, ello es el instinto reproductor, consecuencia misma de la existencia precedera que impone al organismo - un ciclo de evolución. Este instinto reproductor, sublimado psicológicamente en la esfera de lo afectivo, pero constituyendo el subsuelo biológico de la especie, es el dato más fuertemente humano en su origen y formas, que puede haberse dado en todo el proceso de la civilización. Desde la vida primitiva en que la nutrición y la reproducción constituyen en forma simplista del vivir del hombre, hasta nuestra era presente de superación vital y creación intrínseca de valores morales, el hombre lucha por adquirir satisfactores para su bienestar y ve en su propia realización sexual el cumplimiento de una misión. Pero la trayectoria social que a través de los tiempos ha seguido el instinto de la perpetuación humana, como expresión de un desarrollo cultural, tiene interés no solamente para la Historia o la Sociología, sino que hallándose la vida en común subordinada al Derecho, alcanza también gran interés jurídico el apreciar ese desenvolvimiento formal que a través del matrimonio y la familia, ha operado el hombre en sociedad. Interés jurídico para saber cómo el Estado debe legislar en este sentido a favor del sujeto de Derecho, interés jurídico, también, para captar en el proceso histórico la verdadera configuración de un acto de trascendencia individual y colectiva, y, finalmente, para constituir -

una base pragmática de inapreciables sugerencias a la investigación jurídica. Por eso no hemos de prescindir de un bosquejo sobre la evolución del matrimonio, ya que por otra parte nos va a proporcionar elementos probatorios para la tesis. Haremos a un lado, eso sí, todo lo que no revista un interés neto.

Primitivamente, como están de acuerdo casi todos los historiadores de la materia, una promiscuidad caso animal precedió a la formación de la familia. Todas las mujeres eran de todos los hombres y en medio de la horda apenas quedaba lugar para cierta afectividad entre la madre y el hijo durante la crianza. El rebaño humano cumplía sus funciones de nutrición y reproducción, y luchaba frecuentemente con otras hordas, siendo la causa los raptos que algunos de sus miembros realizaban en persona de mujeres pertenecientes a ellas, o viceversa. Es lo que llevó posteriormente a transacciones por medio del trueque de mujeres, en que éstas eran más bien consideradas como bienes, llegándose por este camino a la exogamia.

Pero la mujer -y aquí se hace resaltar la importancia que en la evolución del matrimonio tiene al considerar su situación progresiva-, deseando salir de esa vil condición, fué la que instauró la familia, naciendo por tanto ésta con fundamento matriarcal, agrupándose los hijos cerca de la madre. -- Sin embargo, la promiscuidad, aunque atenuada, perduraba aún, mas habiendo cambiado la situación de la mujer por la convivencia con sus hijos, a su autoridad se subordinaban los demás hom

bres con quienes llegaba a unirse, constituyéndose así la familia matriarcal que algunos tanto han exagerado, hasta afirmar - que la mujer, superior circunstancialmente al hombre por conocer los secretos de la agricultura que éste en su vida de cazador ignoraba, llegó a reunir varios hombres para su servicio, - exigiendo de ellos una severa obediencia.

Más tarde, conocedor ya el hombre de las labores agrícolas, compra a la mujer o la arrebatava por la fuerza para llevarla a vivir consigo, en unión a veces de algunas otras a quienes está en capacidad de mantener. Aparece entonces la familia patriarcal afirmada en la poligamia, la que a su vez se funda en el poder de la riqueza y como consecuencia del estado de guerra que permite adueñarse de las mujeres de los pueblos vencidos. Entonces la mujer es muchas veces objeto de una compraventa, siendo las partes el interesado en la mujer y aquel de quien ella depende.

La familia individual no esboza su aparición sino hasta que varios hechos disgregan la organización patriarcal. - Así, con el establecimiento del derecho de primogenitura, la admisión de las mujeres a la herencia y la exaltación de la personalidad individual como consecuencia de las hazañas históricas, se va quebrantando la familia patriarcal para substituirse por la familia paterna, que propende a la austeridad monogámica. En verdad, como se ha sostenido, la tendencia a la monogamia se -- presenta dentro de la poligamia misma, porque de todas sus muje

res, el amo y señor siempre tendrá preferencia por alguna.

Esta es con más o menos variantes según las razas, la primera fase del proceso evolutivo del matrimonio, en la que un simple acontecer biológico, sin ser tomado aún por la Religión o el Derecho, representa apenas el antecedente histórico--sociológico del matrimonio. A continuación, se vislumbra el período greco-romano.

La historia de Grecia y Roma, es un testimonio y un ejemplo de la estrecha relación que guardan siempre las ideas de la inteligencia humana y el estado social de un pueblo. Hemos de perder ahora ese cuadro de primitivismo que necesariamente hubo de presidir la integración de las sociedades humanas y encontrarnos, ya en los albores de la ciudad griega un panorama de civilización incipiente que contrasta con aquella existencia semisalvaje. La familia se organiza a base de unión pacífica y como centro de relaciones afectivas y económicas, por el matrimonio que ya surge como la primera institución establecida por la religión doméstica. Así aparece el matrimonio en Grecia con un aspecto netamente religioso, bajo la protección de la divinidad doméstica y celebrándose no en el templo, sino en el hogar mismo de la mujer para terminar en el hogar común. Solamente al transcurso del tiempo, cuando el culto a las divinidades de la ciudad prepondera sobre el de la divinidad familiar, la ceremonia se verifica en el templo y no ante el padre de la desposada que hacía entrega de ella a su marido por medio de una frase sa

cramental. La mujer pasaba a su nuevo hogar mientras se entonaba un himno religioso (himeneo) y el matrimonio terminaba con un sacrificio al dios doméstico. Como se ve, revestía, una forma puramente religiosa.

De la promiscuidad primitiva, en que la libertad sexual de la mujer se equiparó con la del hombre, se llega a la rigidez de la moral familiar. La falta más grande en ese tiempo era el adulterio, que violaba todos los principios de la religión y por el cual el hogar se tornaba impuro, permitiéndose entonces que el marido diera muerte al culpable e imponiéndosele la obligación de repudiar a su mujer. Tal es la severa moral doméstica de los primeros tiempos y tales las rudas manifestaciones de un orden social en que Religión, Moral y Derecho aparecen confundidos. En el fondo el matrimonio nace revelándose con características de institución social, como acto de vivo interés general, y así se comprende como para los antiguos la esterilidad era causa fundamental de divorcio.

Pasemos ahora al pueblo creador del Derecho, para el que en sus orígenes es aplicable más o menos el esbozo anterior, y en donde observamos la aparición jurídica del matrimonio como grado culminante de una evolución biológico-social.

El Derecho Romano consideró a la familia como una comunidad de personas unidas por un mismo vínculo de patria potestad y cuyo fundamento era el matrimonio monogámico. Podía ser agnaticia o cognaticia, según se tratara de comunidad domég

tica o de sangre, con lo cual se precisan ya ciertos elementos para la concepción jurídica. El matrimonio, en su parte vital, es ya reconocido por los juristas romanos como perteneciendo a un campo distinto del que comprende el Derecho, y observaron -- también que las relaciones económicas dentro de él sólo representan algo accesorio. Por otra parte, percibieron su interés social, que se manifiesta de modo evidente en ese sistema cuando tanto le interesa la procreación de la prole.

La mujer en Roma alcanza elevación y respeto. De simple cosa a la disposición del hombre, pasa a ser considerada al fin como persona, aún cuando, y esto es explicable, teniéndose se le bajo una perpetua tutela de tal suerte que por el matrimonio sale de la "patria potestas" para entrar en la "manus mariti". Este estado de poder marital se adquiría por el matrimonio en cualquiera de sus diversas formas, entre las que se encuentra una que tradicionalmente implicaba compra de la novia (coemptio), que constituyó la costumbre primitiva y por la cual el paterfamilias otorgaba a sus hijas en legítimo desposorio. Existía también el matrimonio por "confarreatio", que por consistir en un sacrificio ofrecido a Júpiter, tenía aspecto religioso. Al lado de estas dos formas principales el Derecho Romano consideró un "estado real de matrimonio" cuando la unión libre de hombre y mujer persistía durante un año. Por virtud de ese ininterrumpido estado de vida matrimonial, la mujer entraba por "usus" a la "manus mariti" sin intervención de forma alguna.

Pero hay algo de sumo interés jurídico que por primera vez consagra el Derecho Romano, celosos de erigir la voluntad humana en fuente perpetua de libertad. Al lado del elemento físico de la plena y legítima unión del hombre y de la mujer, - coloca otro de carácter psíquico-moral, que fortifica al primero e influye en él de modo determinante: la "affectio maritalis". Este elemento espiritual, por el que se mantiene la vida-en común, es decisivo para la existencia del matrimonio romano, al grado que sin él podía terminarse. El recíproco deseo de no separarse ("affectio") era el vínculo que hacía subsistir la unión conyugal.

Resumiendo, con la creación del Derecho Romano el matrimonio penetra con gran sentido jurídico a la esfera de regulación estatal. Esa conquista del Derecho, hubo de ser más -- tarde abatida por el cristianismo, y como veremos a continuación, pasaron muchos siglos y muchas vicisitudes para que puiera reivindicarla el Estado de manos exclusivas de la Iglesia.

Bajo el reinado de los emperadores cristianos se verifica una aproximación de la concepción religiosa a la reglamentación legal, de tal manera que se produce una lenta infiltración de reglas eclesiásticas en el Derecho Civil hasta adquirir aquella fuerza obligatoria. No conforme la Iglesia con establecer prescripciones y prohibiciones de carácter canónico para ser observadas por sus fieles, a medida que cobraba ascendiente político, iba tratando de manejar la ley. Sin embargo, no realizaba

zó una fusión completa de ambas reglamentaciones y el principio romano de la disolución del vínculo matrimonial por voluntad de los cónyuges, se pudo sostener frente a la tesis de la simple - separación de cuerpos. Es hasta mucho después que la legisla-- ción civil se llena de reglas canónicas y con el debilitamiento del poder real, llega la Iglesia en medio de su auge político -- hasta a ejercer la función más característica del Estado: la ad-- ministración de justicia. De esta manera se atribuyó el exclusi-- vo conocimiento de las cuestiones relativas al matrimonio y por tanto tuvo que legislar, abarcando hasta la regulación de las - relaciones pecuniarias de los esposos, nulidad del matrimonio, - legitimidad de los hijos, etc. En ese tiempo, como afirman ---- Colin y Capitant, la legislación eclesiástica se guía por los - Libros Santos, las actas papales inspiradas a veces en los dere-- chos romano y germano, y la jurisprudencia misma de los tribuna-- les eclesiásticos. Elevado el matrimonio a la categoría de sa-- cramento, se creyó que exclusivamente a la Iglesia debía corres-- ponder la reglamentación jurídica de sus efectos, o más bien, - ella misma se atribuyó tal facultad. Así aparece durante un --- gran período de la Historia del Derecho, como detentadora de -- una función perteneciente al Estado.

Pero tal situación tuvo forzosamente que cambiar.- Fortificándose poco a poco el poder civil, se comienzan a elabo-- rar distinciones entre el matrimonio para la Religión y para el Derecho. La Iglesia comienza por perder su poder jurisdiccio-- nal y acaba cediendo ante la proclamación del principio de que-

Únicamente el Estado puede dictar reglas obligatorias sobre el matrimonio. Es lo que se conoce con el nombre de "secularización del Derecho Matrimonial" y en 1787, por virtud del Edicto de 28 de noviembre promulgado por Luis XVI, se da en Francia el último paso dentro de esta tendencia al autorizar a los no católicos para "producir su declaración matrimonial" bien ante el vicario de su domicilio o ante el juez real del lugar. Más tarde el Derecho, con la Revolución Francesa, se encuentra en presencia de una reacción todavía mayor del Poder Civil. En la necesidad de cimentar para siempre sus readquiridos poderes, los juristas tuvieron, un tanto influenciados por el individualismo, que enfrentar de modo definitivo a la tesis del matrimonio-sacramento la teoría del matrimonio-contrato civil, y como todas las reacciones, ésta hubo de presentar una fórmula de manifiesta y exagerada oposición. Así se llegó a establecer en la Constitución Francesa, inspiradora de las legislaciones de su tiempo, que "la ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil", y consecuentemente, se quita a la Iglesia el Registro para ser puesto en manos de funcionarios públicos.

Esta reconquista del Derecho liberal, fue indudablemente una victoria. Como cree Capitant, constituyó un progreso el restituir al matrimonio su aspecto laico, aun cuando para mí, todavía al Derecho moderno toca interpretar debidamente la realidad jurídica del matrimonio, su carácter verdadero - que no es de contrato civil, y apoyar y fortalecer esta laización del matrimonio hoy que el Estado moderno reclama un manejo

completo de las fuerzas sociales para la realización de una política eficiente.

Hasta aquí concluye la historia del matrimonio a nivel universal, pero cabe puntualizar, que aún cuando lo anterior influyó notablemente en la concepción contractual que en nuestro país se tiene del matrimonio, también es cierto que dada la naturaleza de los pobladores ancestrales de nuestro México, dicha institución reviste características específicas, por lo que vamos a iniciar en seguida un breve estudio de cuáles -- han sido las especiales condiciones en que se desarrolló el matrimonio en nuestro país, para lo cual imprescindiblemente debemos comenzar con el análisis de la forma en que efectuaban sus relaciones sexuales los primeros pobladores de México, valiéndonos de datos que pueda proporcionarnos la Historia, para ir conociendo, paulatinamente el progreso que alcanzaron éstas, desde los días gloriosos del Imperio Azteca, hasta la época contemporánea.

La historia de los primeros pobladores de Anáhuac es tan obscura y son tantas las teorías que la envuelven, que no sólo es difícil, sino casi imposible, llegar al descubrimiento de la verdad en medio de las diversas teorías existentes.

Sin embargo, y ateniéndonos en todo a los datos -- que nos proporcionan los historiadores, y que ya estamos obligados a tomar por ciertos, sabemos que los primeros pobladores de

nuestra patria fueron los toltecas. Comenzó la monarquía de éstos en el año 667 y duró casi cuatro siglos.

Los datos que nos ofrece la historia, relacionados con el matrimonio entre los toltecas, son tan ambiguos que no podemos hacer un detenido análisis de la organización que jurídicamente le hayan dado al matrimonio; solamente afirmaremos -- que según algunas obras históricas dignas por su seriedad del -- mayor crédito, tenemos conocimiento de que estos primeros pobladores de México profesaron un elevado concepto del matrimonio, -- ya que la poligamia estuvo terminantemente prohibida entre ---- ellos, e igualmente por lo que hace a los chichimecas y otomies.

Otras tribus y no pocas por cierto, tenían por costumbre y por forma imperante en la figura matrimonial, la celebración por medio de la compra-venta, usándose pagar por la mujer un arco, dos flechas y una red. Frecuentes eran también los matrimonios por rapto, lo que originaba en la mayoría de los casos, dificultades serias entre las diferentes tribus y familias, pues ello era considerado sumamente ofensivo. .

Respecto a los olmecas, xicalanas y los otomanes, -- pasaron a la historia sin dejar concepto de sus relaciones familiares. Igualmente debemos indicar que la historia no se refiere a las relaciones familiares de los mazahuas, matlazincas, --- chiapanecos, cohuixas, xopes, mazatecas, popolacas, xinatecas y totonacas.

Por lo tanto, y atendiendo a las circunstancias de que los aztecas son casi los únicos pobladores de Anáhuac que ocupan un lugar importante en la historia de México antes de -- que los españoles hubieran realizado el descubrimiento de lo -- que hoy constituye nuestro país, vamos a referirnos en seguida a la organización matrimonial que tuvieron.

En el imperio Azteca, la familia estaba conforme a los tipos patriarcales. La figura matrimonial era considerada de carácter poligámico, ello sobre todo en las clases sociales superiores, siendo frecuente el tener todas las mancebas y concubinas que se desearan; pero sin embargo el jefe de la familia debería tener una esposa principal llamada chihuahatlanti (con lo que se advierte una tendencia a la monogamia). Todas estas mujeres debería estar libres de lazos matrimoniales anteriores, así como de toda clase de parentesco consanguíneo. La clase sacerdotal tenía absolutamente prohibido poseer mancebas. Se prohibió la unión de todos los parientes que conservaren la línea recta, al igual entre hermanos, y también el hacerlo con la suegra o con la hijastra.

A la ceremonia matrimonial le acompañaban una serie de formalidades, traducidas en diferentes ritos y costumbres, acordes con las creencias religiosas, el régimen político y los diferentes usos de la comunidad; para ello, el padre primeramente reunía en consejo a toda la familia de su dependencia, a fin de pedir opinión sobre la conveniencia del matrimonio de-

su hijo; si tal consejo encontraba oportuno la celebración del vínculo, se formaba una comitiva que se dirigía al padre de la novia para pedirle su consentimiento, siendo acostumbrado que - éste último contestara negativamente a la petición; luego, la comitiva nuevamente se dirigía al padre de la novia para hacer una segunda solicitud que era acompañada de regalos, los cuales constituían la dote. Una vez prestado el consentimiento, la familia entera se dedicaba a hacer los preparativos para la boda. En tal ceremonia intervenía un sacerdote que tomando las vestiduras de los novios, los declaraba unidos bendiciéndolos. Una vez efectuado lo anterior, quedaba legítimamente celebrado el lazo. Posteriormente y por un término de cuatro días, se efectuaban una serie de festejos y ritos entre los novios y parientes, a fin de complementar en forma debida la ceremonia matrimonial.

La organización a la que nos estamos refiriendo, admitía un segundo tipo de unión de carácter temporal, que consistía en la unión del hombre con la mujer, con una duración dependiente de la voluntad del marido. A fin de efectuar tal vínculo, no se era requerido el uso de ninguna formalidad, no se requería tampoco la anuencia del padre ni era acostumbrada ceremonia alguna. Este tipo de esposas temporales, solo al cabo de algún tiempo de cohabitación, podía exigir a sus esposos la legitimación del matrimonio.

A la llegada de los españoles, y una vez consumada

la conquista lógicamente la estructuración de los sistemas matrimoniales y de todos los demás sistemas tendieron a cambiar, -pués al apoderarse el conquistador de los bienes, propiedades y de los mismos hombres, se trataron de establecer los usos y costumbres españolas.

En la transformación, la Iglesia aporta su bendición y sus sacerdotes para llevar a cabo la instrucción debida al aborígen, y así paralelamente al estudio del catecismo, se le va dando transformación a las estructuras sociales del vencido.

Los primeros religiosos que llegaron a la Nueva España, inmediatamente se hicieron a la tarea de introducir las costumbres cristianas, y por lo tocante al matrimonio, lucharon denodadamente por suprimir de manera absoluta la poligamia y las ceremonias rituales de la ceremonia nupcial, a que los educandos estaban acostumbrados. Pero ello era labor ardua, pues fue muy difícil quitar de un tajo las costumbres establecidas y darles un cambio radical, por lo que después se optó por condicionar ambas ceremonias para ir las adaptando de manera gradual.

En toda la época en que la Metrópoli española ejerció su poder frente a la Nueva España, la legislación matrimonial siguió los cambios y vicisitudes que experimentó la figura en España; siguiendo la línea confesional y absolutamente cristiana que imperaba en ese país.

A fin de aclarar la situación de muchos indígenas, respecto de su estado matrimonial, el Papa Paulo III, ordenó -- que se reconociera como mujer legítima del convertido, a la primera que hubiera tenido y en caso de que se dificultara tal reconocimiento, se dió opción para él que en el caso estuviera, -- de escoger alguna de las mujeres que hubiere poseído, con la -- condición de que diera una dote a las restantes.

Como ya se apuntó, la figura sigue los lineamientos de la Metrópoli, y así al finalizar la Conquista, cuando el Concilio de Trento modificó la institución matrimonial, se señaló pués, consecuentemente, que cualquier matrimonio celebrado -- contraviniendo las estipulaciones religiosas, establecidas en -- el Concilio, sería una unión ilegítima, equiparada a las uniones concubinarias. Estas disposiciones fueron en un principio -- solamente acatadas por las clases acomodadas de españoles, y -- por ende los mestizos e indígenas generalmente constituían concubinatos y amancebamientos, llegándose por estas formas a ---- crear numerosas fuentes de familia. Sólo fue el tiempo y la educación recibida, lo que contribuyó a la generalización de las -- formas católicas, además de que el Estado le dió la oportunidad a la Iglesia, de absorber y reglamentar totalmente la institución.

Una vez rotas las ligas umbilicales que más perjudicaban que prestar ayuda, el México Independiente ya con una -- organización y economía propias, trató de establecer las formas

que lo debieran de regir.

En el capítulo matrimonial no se experimentaron -- cambios, ya que la Iglesia siguió teniendo los mismos amplios - poderes políticos y económicos de que era objeto en la época Co lonial. La reglamentación confesional siguió sus líneas, pues - ya en ésta época la mayoría de la población mexicana estimaba - como verdadera y única a la religión impuesta, por lo tanto los matrimonios eran celebrados con suma frecuencia con apego a las tradiciones confesionales. La legislación civil no intervino de ninguna manera en el capítulo que nos ocupa, y en tales circuns tancias, como ya se dijo, la jurisdicción y la legislación en - materia matrimonial eran de exclusiva competencia canónica, --- pues tal concesión se poseía desde 1564 en que se dictó la Real Cédula.

Durante toda la época independiente y hasta la se- gunda mitad del siglo XIX, el país se encontró envuelto en cons- tantes luchas políticas tanto internas como externas, diferen- tes facciones luchaban denodadamente por conquistar el poder; - se formaron los partidos de conservadores y de liberales que -- constantemente peleaban por el triunfo de sus ideas.

En la época referida, la institución matrimonial - no varió sustancialmente en ninguna forma; la Iglesia conservó- los poderes a que anteriormente hemos hecho mención. Esta cir- - cunstancia la hizo poseedora de más de la mitad del capital y -

propiedades de la nación, así como del dominio de conciencia y opinión pública del país.

A la mitad del siglo y al triunfo de las causas liberales, el sistema político en México empieza a experimentar una profunda evolución; evolución que representa y constituye la base de la estructura jurídico-política que actualmente nos rige.

Así fue como el pensamiento político y social de grandes hombres, como fueron los pensadores y realizadores de la Reforma, dió a la Patria los adelantos más prodigiosos en materia ideológica que se le hayan dado al país, es así que el 25 de junio de 1855 se dicta un decreto por el cual se ordenó la desamortización de los bienes de manos muertas, obra de Don Miguel Lerdo de Tejada. Tales disposiciones tendieron al bienestar nacional y a la moralización de clases, así como a evitar que el capital, las propiedades, la mayoría en manos del Clero, estuviesen monopolizadas y sin producir renta alguna. A continuación, el Benemérito, dictó en julio de 1859 la Ley de Nacionalización de bienes eclesiásticos, dictándose también las Leyes sobre Registro Civil, supresión de comunidades religiosas, tolerancia de cultos, secularización de cementerios, constituyendo todas ellas las llamadas Leyes de Reforma.

La Constitución de 1874, con apoyo en la ley de 12 de julio de 1859, declaró la separación absoluta de la Iglesia-

y el Estado, estableció que el matrimonio era exclusivamente un contrato civil de competencia de las leyes y autoridades civiles.

En esta época, como se vió, en el momento en que definitivamente se suprime la intervención confesional en materia matrimonial, y entre otros muchos aspectos, se declara pues, al calor de la Reforma y de acuerdo principalmente con la doctrina francesa (surgida de las ideas liberales de la Revolución Francesa), al matrimonio como un contrato meramente civil; se forma el Registro Civil y se declara nulo cualquier matrimonio no celebrado conforme a lo estipulado por la Ley. Desconociéndose por tal motivo, los matrimonios religiosos y la autoridad eclesiástica para intervenir y darles validez.

De la definición que da la ley del matrimonio, podemos derivar el espíritu de contrato que se le da a la figura que estudiamos. Y si bien es cierto, como se verá más adelante, la doctrina contractualista no es aplicable al matrimonio y aún teniendo en cuenta que tal declaración tuvo como móvil los factores socio-políticos que imperaban tanto en México como en Francia (cuna de las legislaciones), y que definieron así al matrimonio en el afán de suprimir toda fuerza religiosa, hoy es tiempo de interpretar debidamente la realidad jurídica del matrimonio. Hay pues que apartarse de la tesis individualista que ve en el matrimonio un contrato y fijar consistentemente su verdadera naturaleza jurídica. La vida presente lleva un gran sen-

tido social y concebir el matrimonio en su pleno valor para el hombre y la colectividad, es tarea que ya se ha iniciado, debiendo de tocar su culminación.

Hecho este veloz recorrido a través del origen y - la historia del matrimonio y visto como llegó a ser considerado un contrato, sirvanos de base para las consideraciones y análisis que proceden.

C A P I T U L O I I I
NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO A TRAVES DE LA HISTORIA

El Derecho Positivo no permanece estático, al establecerse y ordenarse la vida del hombre, el derecho se transforma de acuerdo con esa manifestación humana, es así que ha variado la naturaleza jurídica del matrimonio, a medida que han evolucionado y se han transformado las ideas filosóficas-jurídicas universales, influyendo en la legislación de los distintos países y provocando consecuentemente el cambio en la reglamenta---ción legislativa. El matrimonio ha seguido esa evolución, pués su importancia, estriba en que va unido estrechamente con la familia.

Se debe precisar la naturaleza jurídica del matrimonio captando de la realidad sus cualidades propias. No que---rer configurarla de acuerdo con una reglamentación anacrónica - que le dé la ley, pués es el matrimonio en esencia natural y en constante transformación.

A). Diversas teorías se han emitido al respecto - de la naturaleza jurídica del matrimonio, mismas que son inaplicables en la actualidad, aún cuando, se pod---ría aceptar que fue---ran correctas conforme al derecho positivo de los distintos países; es así, que se han agrupado como sigue:

1). TESIS QUE CONSIDERAN AL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO ORDINARIO

La influencia de las doctrinas filosóficas-jurídicas, de la doctrina clásica romana y posteriormente de la racionalista de Rousseau y, las del individualismo jurídico nacidas posteriormente con Kant coincidían en considerar a la voluntad individual como fuente única del derecho. Es la época en que la generalización de estas doctrinas tuvo gran influencia en el derecho positivo de casi todos los países. Es a fines del siglo XVIII cuando imperan en Francia y se desarrollan en casi todo el mundo las concepciones individualistas, como aparece en el Contrato Social - de Juan Jacobo Rousseau que dice: " El matrimonio es el más antiguo y excelente de todos los contratos ". Al respecto, en el matrimonio el legislador reguló las bases de este acto, pero dejando en completa libertad a los cónyuges para que fijasen todas las condiciones de dicha unión, ya que para la doctrina clásica el valor jurídico supremo era la autonomía de la voluntad y las únicas limitaciones que constitufan el caso de excepción, eran las impuestas por la moral, el orden público y las buenas costumbres, y esto era aplicable en general a todos los contratos.

El Código Napoleónico, nacido en esta época e influenciado por las ideas del individualismo, reglamentó el matrimonio sin poder alejarse en su concepción del liberalismo reinante. El matrimonio como contrato se forma con el concurso de voluntades como señala el artículo 146 del Código Civil Francés, que dice: " No existe el matrimonio sin el consentimiento ". - Cabe señalar que esta teoría fue sostenida por juristas de gran

capacidad como lo son Pothier, Portalais, Laurent y otros.

Las razones que hacen valer los partidarios del matrimonio-contrato son principalmente de que las partes deben tener absoluta libertad para fijar las condiciones y efectos de la unión, con las limitaciones que las buenas costumbres, la moral y el orden público le impongan, sin que sea ésta una diferenciación con los demás contratos, ya que todos están limitados a estos principios de derecho. Conforme a esta teoría, el matrimonio sería una unión casi libre en la que los cónyuges buscarían únicamente los placeres sexuales o de interés económico que trae aparejados y se desligarían de cualquier compromiso u obligación, al desvincular la esfera espiritual que es fundamental en todo matrimonio, llevando paulatinamente a la familia a su completa desintegración. Independientemente de lo anterior y dado que en nuestra legislación se contempla al matrimonio como un contrato, en capítulos posteriores se analizará punto por punto el error al respecto, toda vez que las bases en que se apoyan los partidarios de la teoría clásica, no resisten un completo examen de técnica jurídica, pues encuentro que su formación, su objeto y sus fines son distintos en los contratos. No puede incluirse dentro del concepto general y abstracto de los contratos, porque no cabe dentro de lo esencial de cada tipo que permita regular el conjunto de las relaciones que nacen entre los cónyuges. No puede incluirse al matrimonio en el concepto general y abstracto de los contratos, por razones que, por sistemática, se darán posteriormente, prosiguiendo a -

analizar las restantes tesis al respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio.

2). TESIS QUE CONSIDERAN AL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO DE DERECHO PUBLICO.

Estiman los autores que las normas que rigen el matrimonio son de derecho público por contener disposiciones que protegen el interés general de los ciudadanos, las buenas costumbres, la honestidad, la buena fe y la seguridad en la manutención y educación de los hijos. Son fines de interés colectivo que indiscutiblemente protege el derecho, con normas imperativas que son dadas obligatoriamente para todos los miembros de la colectividad; por lo anterior, es el matrimonio considerado por diversos tratadistas como un contrato de derecho público, pues afecta intereses generales, por lo que toca al Estado reglamentar estos contratos. Creo, que son falsas e infundadas las consideraciones emitidas por los partidarios de esta doctrina, porque no existen contratos de derecho público, ya que si no emiten las partes su voluntad en igualdad de circunstancias y de jerarquías, se estaría ante una figura jurídica distinta a la de los contratos, como un decreto emitido por el Estado en forma obligatoria y en el cual la voluntad de los particulares es nula.

3). TESIS QUE CONSIDERAN AL MATRIMONIO COMO UNA INSTITUCION.

Al respecto, Bonneccase señala que ya en el siglo XIX los estudiosos del derecho se apartaron del culto que se le profesaba a la voluntad, considerándola como " el supremo motor de la vida-social ", y ya se trató de encontrar su verdadera naturaleza jurídica. Entonces la doctrina clásica y el voluntarismo perdieron su fuerza y aparecen doctrinas de trascendencia social que habrían de influir notablemente en el Derecho.

Las teorías supraindividualistas o universalistas que se extendieron con la filosofía de Hegel y la teoría idealista de Julius Binder en Alemania, señalaban que lo que impera no es la voluntad particular, formada individualmente, sino la voluntad colectiva, que radica en la ideología basada en la comunidad. Es por lo anterior que influyó en la opinión de los juristas que consideraron al matrimonio como una institución, el movimiento jurídico del pensamiento francés, a través del siglo XIX, en que se restringe la autonomía de la voluntad de cada individuo para asegurar la autonomía de la colectividad. Se limita la autonomía de cada uno, para buscar un beneficio social. - Mientras más importantes son las instituciones que reglamentan el Derecho, más limitada está la libertad de las partes, buscando protegerlas.

Las teorías sociológicas del Derecho y del Estado, tienden a subordinar lo individual en provecho de lo social. - Entonces busca fomentar la creación de instituciones perdurables, de tipo familiar y corporativo, buscando siempre el bene-

ficio social, y así, aparecen doctrinas relativas al matrimonio que son partidarias de considerarlo como una rígida institución en la que los particulares se unen bajo normas oligatorias y sometidos a leyes imperativas.

En la mayoría de los países se ha establecido el matrimonio como una institución rígida, tomando como base la voluntad de los esposos que no pueden unirse, sin que manifiesten su deseo de hacerlo.

A medida que la sociedad ha valorado la gran importancia de las relaciones entre el hombre y la mujer, por constituir la base de toda la organización familiar, el Estado reglamenta el matrimonio y la evolución de esta reglamentación se manifiesta porque primero los contrayentes estaban en libertad de fijar casi todas las condiciones de su futura vida y en la actualidad, el legislador limita esa libertad y reglamenta casi totalmente la unión, substituyendo por completo la voluntad de los esposos, los cuales sólo la exteriorizan para manifestar su consentimiento de unirse en los términos que fija la ley. En el matrimonio el Estado busca proteger la Institución, reglamentando sabiamente la forma en que deben desarrollarse las relaciones conyugales, fijando los " derechos y obligaciones " de cada uno , así como para con los hijos.

Es así, que se reglamenta el matrimonio como una institución, aceptándose como definición de institución jurídica

ca: el conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad, buscando proteger intereses colectivos. Desde este punto de vista, exclusivamente normativo, encontramos que la naturaleza jurídica del matrimonio, es una institución, pues las leyes que lo norman son todas de la misma naturaleza jerárquica y persiguen una misma finalidad. Se observa que los partidarios de esta postura, creen encontrar la naturaleza jurídica del matrimonio en la institución, pero no toman en cuenta el acto jurídico realizado por los particulares, en el cual éstos, aceptan unirse en matrimonio conforme a lo prestablecido por el legislador. El matrimonio no es únicamente el conjunto de preceptos que existen objetivamente en la ley, sino también, lo constituyen el acto en que los contrayentes manifiestan su consentimiento de unirse en los términos que establece el derecho.

Se puede apreciar que esta tesis contempla el aspecto normativo del matrimonio, observando su estructura legal-objetiva, constituida por el conjunto de preceptos jurídicos de idéntica categoría jerárquica, que forman un todo orgánico. Pero es tan sólo un aspecto del matrimonio, es la parte objetiva-la que constituye la institución, que puede existir sin ninguna trascendencia, en tanto que los particulares no manifiesten su consentimiento para casarse conforme a lo preceptuado por el legislador, es decir, conforme a lo establecido por el conjunto de preceptos legales que forman la parte objetiva del matrimonio, ya que sólo entonces, existirá verdaderamente el vínculo,-

puesto que hasta ese momento la institución del matrimonio cobra vida, aplicando las normas generales y abstractas a ese caso concreto.

Conforme a la reglamentación de nuestro Derecho, no puede encontrarse la naturaleza jurídica del matrimonio precisamente como una institución, porque el Código Civil, tiene la doble influencia tanto de las tesis individualistas del siglo pasado, como la de las doctrinas sociales y colectivas que surgieron posteriormente, y que también, se han incorporado a nuestro derecho; por ello, ya limita la voluntad individual y no deja a los cónyuges en libertad de señalar las condiciones de la unión y establece en forma imperativa las " obligaciones y derechos " que corresponden a cada esposo, no permitiéndoles establecer a su arbitrio la forma del matrimonio.

4). TESIS QUE CONSIDERAN AL MATRIMONIO COMO UN ACTO-JURIDICO--CONDICION.

Esta tesis es sustentada principalmente por León Duguit, Bonnard y Jéze; señalándose por acto jurídico aquel que realiza voluntariamente el hombre con el fin de producir efectos de derecho, mediante la transformación del orden jurídico. El acto jurídico se diferencia del hecho jurídico en que el último, lo realizan las personas sin el deseo de producir esos efectos de derecho. Los anteriores autores para sustentar su tesis, hacen una división tripartita de los actos jurídicos, en razón al ---

efecto que producen:

a). Actos Regla.- Estos son los que crean, modifican o extinguen una situación jurídica general, - están constituidos por ese conjunto de normas jurídicas de carácter general y abstracto que forman - ese derecho. Es así que Jéze los llama legislativos o reglamentarios.

b). Actos Subjetivos.- En contraposición con los actos jurídicos regla, los actos subjetivos crean, modifican o extinguen una situación jurídica individual. Así tenemos los contratos, en los que las partes fijan por mutuo acuerdo y de una manera concreta, los términos y condiciones del contrato. - La voluntad de las partes es la única que puede -- precisar el objeto de la obligación y su alcance, - existiendo normas que se aplicarán supletoriamente cuando las partes omitan fijar alguna de las condiciones del contrato. Es así que Jéze los llama actos unilaterales o contractuales.

c). Actos Condición.- El efecto de estos actos - es el de condicionar la aplicación de una situación jurídica general, a un caso concreto. Los exponentes de esta tesis, citan como ejemplo al matrimonio, en el que es necesario, para que se apli

quen el conjunto de preceptos, que en forma objeti
va existan en el Derecho positivo, que los contra-
yentes realicen el acto jurídico que está condicio
nado a que se apliquen el conjunto de dichos pre-
ceptos.

León Duguit define al acto-condición, " como el ac
to jurídico que tiene por objeto determinar la ---
aplicación permanente de todo un estatuto de dere-
cho a un individuo o a un conjunto de individuos,-
para crear situaciones jurídicas concretas que ---
constituyen un verdadero Estado, por cuanto que no
se agotan por la realización de las mismas, sino -
que permiten su renovación continúa " (1). Es así
que estos autores deducen que por el acto efectua-
do, los contrayentes realizan la condición neces-
aria para que se les aplique el conjunto de normas-
que rigen al matrimonio.

Analizada la anterior tesis, no creo que la natura
leza jurídica del matrimonio se encuentre entre los actos jurf-
dicos condición, pues el matrimonio está constituido tanto por-
la institución que objetivamente reglamenta la Legislación Posi
tiva, como por el acto realizado por los particulares, en el --
que manifiestan su consentimiento para unirse en matrimonio y -
sujetarse a la situación jurídica general que norma esos casos-
particulares. Entonces, los partidarios de esta doctrina, ana-

lizan únicamente una de las partes del matrimonio, ven sólo el acto realizado por los particulares que sólo por los efectos -- que producen, si es un acto-condición, porque está condicionando a que se le aplique la ley general. Pero este acto de los - particulares, no constituye por si sólo el matrimonio, requiere de una segunda parte, formada por el conjunto de preceptos generales establecidos en la Ley. Por ello, se puede afirmar que - el matrimonio está formado por dos elementos: el subjetivo que es el acto de los particulares; y el objetivo, constituido por la institución que el legislador reglamenta con el conjunto de normas generales y abstractas.

5). TESIS QUE CONSIDERAN AL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO DE --- ADHESION.

Esta teoría es una modalidad de la tesis contractual anteriormente expuesta y sostiene que el matrimonio participa de las -- particularidades de los contratos de adhesión, ya que los contrayentes no tienen libertad para establecer "derechos y obligaciones" distintos a aquellos que de una manera imperativa determina la ley.

En el caso particular del matrimonio, estiman los defensores de esta teoría que el Estado al hacer uso de su poder de imperio, dicta normas de interés público y regula situaciones en las cuales deja fuera la voluntad de los particulares, los cuales se adhieren a esas situaciones. En los contratos de

adhesión como es sabido, prevalece la voluntad de una de las -- partes sobre la otra y ya en materia del matrimonio dicen los - sostenedores de esta teoría que es la voluntad de el Estado expresada en la ley, la que se impone de tal manera que los con-- sortos simplemente se adhieren para aceptar la regulación le--- gal. Idéntico error cometen los partidarios de esta tesis a la que lo considera como un contrato ordinario, siendo simplemente una derivación del mismo, por lo que no es posible considerar - la naturaleza jurídica del matrimonio en un contrato de adhe--- sión.

6). TESIS QUE CONSIDERAN AL MATRIMONIO COMO UN CONVENIO DE --- ADHESION A UNA INSTITUCION.

Se ha visto que la influencia de las teorías absolutistas y rígidas del socialismo jurídico que sobresalieron en el siglo XIX, influyen en forma determinante en los Estados modernos y empiezan a configurar al matrimonio como una institución, buscando - principalmente proteger intereses colectivos y olvidando casi - por completo, la voluntad individual de los contrayentes, que - había sido hasta entonces, elemento principalísimo de los juris- tas contractualistas. Así, aparecieron en el medio jurídico di- ferentes tesis eclécticas, que incorporan a la idea de grupo la voluntad individual de sus miembros; entre las tesis derivadas- de la Escuela Arminisista tenemos:

a). La teoría de la atemperación, sostenida por -

Vani y Romagnosi.

b). La teoría armónica de Krause.

c). Las neoescolásticas y católicas.

Coinciden dichas tesis en proponer el equilibrio - de los fines individuales y sociales, lo que las ha hecho -- aceptables universalmente, pues buscan un equilibrio entre el - individualismo y el socialismo absoluto, que particularmente -- han querido ser separados por los estudiosos de la materia. El individuo y la sociedad no son organismos que se eliminan, sino al contrario, presupuestos indispensables para su existencia. - Así, el matrimonio es considerado que además de buscar el bie-- nestar de los individuos que lo forman, y que constituye su fin directo o inmediato, debe buscar un beneficio indirecto y media to para la colectividad, con la reproducción de la especie y, - formación y educación que debe dársele a los hijos. Lo ante--- rior, si bien es cierto, no contempla al matrimonio tal cual -- es, sino lo que adopta es una posición cómoda y podría llamarse cobarde al conjuntar ambas tesis, aunado a que trata de cubrir- el aspecto contractual, utilizando el término convenio, que a mi modo de ver, simplemente es un sinónimo del término contrato.

B). Ahora bien, en cuanto a México, la postura o- tesis que ha adoptado en los diversos ordenamientos jurídicos - ha asimismo evolucionado:

1). CODIGO CIVIL DE 1870 y 1884.- Nuestro Estado aún después de su Independencia continuó rigiéndose por la Legislación Española, respecto del carácter sagrado del matrimonio, pues la legislación española era conformada por lo que hace a la celebración del acto, a la capacidad de los contrayentes, a la validez o nulidad y al divorcio, a lo ordenado para el sacramento en los cánones de la Iglesia Católica, hasta que fue promulgada la ley del 23 de julio de 1859, que secularizó al matrimonio, declarándolo simple contrato civil, ley que fue elevada al rango de constitucional con todas las de Reforma, por la ley del 14 de diciembre de 1874. Por otra parte también es notorio que los Códigos Civiles de 1870 y 1884, también fueron influenciados por la reglamentación que el Código Napoleónico había hecho al matrimonio, porque lo consideraron como un contrato ordinario, tal y como se ha visto en el capítulo precedente; transcribiendo la definición que él mismo da, pero variándola en cuanto a sus fines: " El matrimonio es una sociedad legítima de un solo hombre y una mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida " -

(2). En esta definición se considera al matrimonio como una sociedad, lo que implica considerarlo como un contrato, es decir, como un contrato de sociedad, lo que le valdrá las críticas que ampliamente se le harán a la teoría contractual en capítulos posteriores. Además de esta consideración, se encuentra la nota de indisolubilidad, lo que me parece una contradicción, no sólo desde el punto de vista de los antecedentes legislativos, sino desde el relativo a la naturaleza de todo contrato. En --

efecto, todo contrato puede ser terminado por mutuo acuerdo de los interesados, no hay contratos con la nota de perennidad --- obligatoria. La nota de indisolubilidad en los antecedentes -- históricos del matrimonio aparece en el matrimonio considerándolo como sacramento, en éste si hay una nota de congruencia entre lo indisoluble y lo sacramental. De lo anterior se concluye que el legislador mexicano de esta época al considerar a través de los Códigos de referencia al matrimonio como un contrato -lo cual es un error- sometido a la Autoridad Civil, tan si--- quiera debió reconocer el divorcio absoluto y no sólo la separación de cuerpos que regularon los anteriores códigos referidos.

2). CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ---- (1917).

" El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos - del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los - términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y vali-- dez que las mismas le atribuyan " (3). El anterior es el ter-- cer párrafo del artículo 130 de la Constitución Federal, el --- cual da a los cuerpos de leyes, derivados de ella, la pauta a - seguir respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio, por - lo que es notorio que de aquí parte el error de considerar al - matrimonio como un contrato.

3). LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Esta ley promulgada el 9 de abril de 1917 proporcionó una nueva definición del matrimonio en su artículo 13, que a la letra dice: " El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida " (4). - Aparte de esta nueva definición -igualmente errónea en cuanto a la idea contractual del matrimonio-, esta ley introduce nuevas ideas del matrimonio, la más importante de ellas, fue la nota de disolubilidad del vínculo, en virtud del divorcio, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias.

3). CODIGO CIVIL DE 1928 (en vigor a partir de 1932).

El presente Código es el que rige actualmente en nuestro país, -siendo reflejo de lo contemplado en nuestra Carta Magna; así, -designa en varios de sus artículos al matrimonio como un contrato, aunque sin dar una definición del mismo. Pero no obstante designarlo como un contrato, lo reglamenta en forma distinta; ésto y demás consideraciones serán vertidas en capítulos --posteriores, ya que constituye el eje central de este trabajo -el resaltar el error del Código Civil Mexicano al considerar al matrimonio como un contrato.

Como puede apreciarse, en el transcurso de nuestra legislación, el matrimonio ha sido considerado como un contrato y si bien tal vez encuentre justificación, es el momento de que se corrijan errores históricos y se emplee correctamente el vo-

cabulario jurídico. Ahora, antes de analizar con detenimiento el problema que nos ocupa, es conveniente esbozar someramente cómo ha sido considerado el matrimonio en otras legislaciones.

C). A pesar de que en los tiempos actuales el matrimonio religioso y sacramental tiene una importancia secundaria en casi todas las legislaciones, hay países que conservan esta forma de matrimonio en primer término, como Grecia, Bulgaria y Yugoslavia.

Otros países tienen el matrimonio sacramental en primer término y el civil subsidiario, como España, Noruega, Portugal e Italia.

Otros más mantienen un matrimonio facultativo, es decir, que los contrayentes pueden elegir entre el oficial del Estado o el ministro de una Iglesia admitida por el propio Estado, entre éstos tenemos Inglaterra, Suecia, Finlandia y parte de los Estados Unidos de América del Norte.

Asimismo, existen matrimonios estrictamente civiles y solemnes ante el oficial del Estado, absolutamente independientes de toda formalidad religiosa. Entre los países que tienen esta clase de matrimonios tenemos a México, Francia, Holanda, Suiza, Brasil y algunas Repúblicas de Centro y Sud América.

Por último, nos encontramos que hay países que man tienen un matrimonio estrictamente contractual sin ninguna solem--
lemnidad, en el que impera el consentimiento de los contrayen--
tes y la prueba de la voluntad, como en Rusia, Estados Unidos -
de Norteamérica y Escocia.

Aunque es cierto, que la mayoría de las legislacio
nes juzgan que el matrimonio es un contrato de carácter civil,-
debe reconocerse que en la actualidad es inoperante e incorrec--
ta tal apreciación, dado que el Derecho como la sociedad cambia,
debiendo de modificarse sus estructuras para evitar situaciones
anacrónicas. Por lo anterior, se analizará al matrimonio a la-
luz actual, concluyendo en su verdadera naturaleza jurídica.

C A P I T U L O IV
ANALISIS DEL CONTRATO EN MEXICO, EN GENERAL.

El contrato es considerado en la legislación mexicana como una fuente generadora de obligaciones; es así que el Código Civil Mexicano en su artículo 1792 señala: " Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones " (5) y en el 1793 dice: " Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos " (6).

De lo anterior y aunque no viene específicamente al caso como tema central del presente trabajo, señalaré que es erróneo el que se considere al convenio y al contrato como cosas distintas, ya que en realidad son sinónimos y la distinción fue hecha debido a la mala traducción realizada por personas que no eran abogados y que no entendieron que los textos franceses debido a la amplia gama de palabras y para evitar el repetir "contrato" un número de veces, utilizaron indistintamente palabras como "convenio". Lo anterior parecería una simple apreciación personal; sin embargo, todo lo que se afirma tiene que probarse, por lo que realizaré a continuación un pequeño análisis para concluir en que convenio y contrato son lo mismo y en una definición apropiada para él mismo.

Según las concepciones transcritas del Código Civil al principio de este capítulo, tenemos que, según el artículo

lo 1793 los contratos UNICAMENTE producen o transfieren obligaciones, situación más que errónea como es de verse en el contrato de transacción. En efecto, el artículo 2944 del Código Civil Mexicano a la letra dice: " La transacción es un CONTRATO por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, TERMINAN una controversia presente o previenen una futura ". (7);- de lo anterior, es notorio el que no sólo los contratos producen o transfieren obligaciones, sino también las terminan (extinguen) y por lo tanto el contrato de transacción entraría dentro de la concepción de convenio que da el Código, con lo cuales es notorio que la palabra convenio más que nada es sinónima de contrato, situación que se comprueba aún más con el hecho de -- que el Código Civil jamás trata convenio alguno y sólo regula los contratos, de donde se concluye que los convenios no tienen nada que hacer y sólo existen los contratos utilizándose únicamente la palabra convenio como sinónima.

Bien, una vez concluido lo anterior, señalaré que el contrato es " un acuerdo de voluntades para crear, transferir, extinguir o modificar derechos y obligaciones ".

Ya definido el contrato, como acto jurídico que es, tiene una serie de elementos de existencia o estructurales y -- precisa además de ciertos requisitos de validez, para que una vez nacido, esté en aptitud de surtir plenamente sus efectos jurídicos.

A). Según la doctrina y según el artículo 1794 -- del Código Civil Mexicano, los elementos de existencia y sin -- los cuales no nace el contrato, son: El consentimiento y, objeto que pueda ser materia del contrato; procediéndose en seguida a analizar cada uno de ellos.

EL CONSENTIMIENTO.- Es el acuerdo de dos o más voluntades, tendientes a la producción de efectos de derecho, siendo necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior.

El consentimiento en los contratos consta de: Policitación (Oferta) y Aceptación, siendo éstos sus elementos, que valen por sí mismos y producen efectos de Derecho aún cuando no se llegue a conformar el consentimiento.

LA POLICITACION: " Es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, es seria y hecha con -- ánimo de cumplir en su oportunidad " (8). Del concepto que se da anteriormente, se obtienen estos elementos:

- a). Es una declaración unilateral de voluntad;
- b). Recepticia;
- c). Expresa o tácita;

- d). Hecha a persona presente o no presente;
- e). Hecha a persona determinada o indeterminada;
- f). Debe contener los elementos esenciales de un contrato que se desee celebrar;
- g). Debe hacerse en forma seria y con el ánimo de cumplir en su oportunidad.

Lo anterior si bien es claro, se precisará someramente: Es una declaración unilateral de voluntad porque expreso mi voluntad de realizar determinada conducta. Es recepticia porque alguien debe de recibirla, si no hay quien la reciba no produce consecuencias de derecho como contrato al conformarse el consentimiento, pero sí como policitud. Debe ser expresa o tácita; quiere ésto decir, que la voluntad del policitante o persona que hace una oferta, debe externarse de tal manera, que el destinatario de la propuesta, sepa de manera verbal o por escrito lo que se le propone, o bien que por signos indubitables sepa cuáles son las pretensiones del oferente, situación que determina el artículo 1803 del Código Civil y que a la letra dice: " El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente " (9). La policitud puede ser hecha a persona presente o no presente; ésto quiere decir, que puede proporcionar el policitante la celebración de un contrato a una persona-

que se encuentre en su presencia, en el mismo sitio, o bien, -- puede hacer la proposición a una persona no presente, a través de los medios conocidos para transmitir el pensamiento, tales -- como la radio, televisión, periódicos, etc... Puede ser hecha a persona determinada o indeterminada; la propuesta para celebrar un contrato, no es esencial que se haga a una persona determinada, bien se puede hacer a toda una colectividad y cualquiera de sus miembros puede aceptar o no esa propuesta; tal es el caso de cuando se inserta un anuncio de venta en el periódico. La policitación debe tener los elementos esenciales del -- contrato que se quiera celebrar; ésto es, el proponente debe manifestar qué tipo de contrato desea celebrar, y determinar en -- su declaración todos los elementos esenciales del mismo, pues -- si éstos no estuvieron, no se obligará, sino que estará haciendo una simple invitación para contratar, pero no será una policitación en sentido técnico jurídico. Debe ser hecha en forma seria y con el ánimo de cumplir en su oportunidad, ésto es, debe tener la intención de producir efectos de derecho que se deseen respetar.

El consentimiento no se forma sólo con la policitación, sino que precisa de otro elemento, como es la ACEPTACION, que es: " Una declaración unilateral de voluntad, expresa o tá cita, hecha a persona determinada, presente o no presente, seria, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, y se reduce a un "sí" " (10). Del concepto anotado anteriormente, se obtienen los siguientes elementos:

- a). Es una declaración unilateral de voluntad;
- b). Expresa o tácita;
- c). Hecha a persona determinada;
- d). Hecha a persona presente o no presente;
- e). Seria;
- f). Lisa y llana;
- g). Por medio de ella se expresa la adhesión a la propuesta;
- h). Se reduce a un "sí".

Analizando cada uno de los anteriores elementos, - tenemos que al igual que la policitud, la aceptación también es una declaración unilateral de voluntad y produce efectos jurídicos autónomos, aún cuando no conozca el oferente, la aceptación que integrará el consentimiento. Igualmente la aceptación debe ser dada en forma expresa o tácita, surgiendo la duda de - que si el silencio puede producir efectos jurídicos de aceptación para integrar el consentimiento (aceptable es lo anterior en el caso del mandato). La aceptación sólo puede hacerse con respecto a la persona que hizo la policitud, propuesta u --- oferta, no puede darse una aceptación respecto de persona indeterminada, pues entonces no se sabría con quien va a celebrarse el contrato. Pero si bien es cierto como antes se dijo, que la aceptación sólo puede hacerse respecto a una persona determinada, también es cierto que esa persona a quien se le hace saber la aceptación, no necesita forzosa y necesariamente estar presente, pues se puede dar la aceptación a la persona que esté en frente del aceptante, ésto es, cuando el aceptante y oferente -

se encuentran presentes. Pero también se puede aceptar la propuesta por medio de carta, telegrama, etc..., en aquellos casos en que la propuesta haya sido hecha por persona no presente. - Asimismo, la aceptación debe ser seria, el aceptante debe llevar la intención de que su declaración de voluntad produzca --- efectos de derecho que desee respetar, y que quiera cumplir. Debe ser lisa y llana, quiere decir, que la aceptación debe contener las mismas bases de la propuesta, de lo contrario, si lleva otras de más, o de menos, ya no será aceptación, sino una nueva policitación. La aceptación implica la adhesión a la propuesta; al ser lisa y llana la aceptación, implica que se adhiere a los términos de la propuesta, sólo se puede referir a lo que -- contiene la propuesta. La aceptación se reduce a un sí, es consecuente con lo antes dicho el que la aceptación al no poder -- llevar más ni menos de lo que lleva la propuesta, se puede reducir a una afirmación, a un simple "sí".

Ahora bien, continuando analizando a la policita-- ción y aceptación y, respecto a ambas, se dijo: que al ser declaraciones unilaterales de voluntad, producen efectos jurídicos autónomos, independientemente de que los producirán en común como integrantes del consentimiento (elemento de existencia del contrato), si es que éste llega a formarse.

Estas declaraciones unilaterales -productoras cada una por si de consecuencias jurídicas-, deben verse como un acto jurídico autónomo, si bien es cierto que con efectos limita-

dos y transitorios, hasta el momento de perfeccionamiento del contrato, pues llegado ese instante cesan en su vida autónoma; pero si el contrato no llega a formarse, de cualquier manera -- esos elementos tuvieron existencia propia y autónoma, aunque -- con relación a una propuesta o aceptación. En efecto, el oferente o policitante, queda obligado por su sola declaración unilateral de voluntad, a sostenerla en los términos que la hizo, hasta que no sepa conforme a la ley si el destinatario la acepta o rechaza; a su vez el aceptante está ya obligado por su sola aceptación, independientemente de que conforme a la ley ya se haya o no formado el consentimiento.

Bien, una vez que se hace una policitación y la recibe una aceptación, el consentimiento se integra y si ya hay además un objeto, entonces el contrato se perfecciona. Es así que existen diversas formas de perfeccionarse el consentimiento:

- entre personas presentes cuando no se confiere plazo.- el consentimiento se conforma en el acto al ser o no aceptada la policitación; es así que " cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace de inmediato " (11).

- entre personas presentes, fijándose plazo.- " toda persona -- que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo " (12).

- entre personas no presentes.- en este caso, sea que se otorgue o no plazo, hay cuatro sistemas a través de los cuales queda perfeccionado el consentimiento:

1. De la declaración.- el consentimiento se perfecciona hasta el momento en que el destinatario - de la propuesta o presunto aceptante manifiesta o declara en cualquier forma, inclusive verbalmente, su aceptación.

2. De la expedición.- el consentimiento se perfecciona cuando el destinatario de la propuesta, - además de enterarse de ésta y declarar su aceptación, la expide y sale de su control (por ejemplo, manda una carta aceptando), señalándose que este sistema es el utilizado en materia mercantil y el aceptado por el Código de Comercio, pues se requiere por la celeridad en sus instituciones.

3. De la recepción.- el consentimiento se perfecciona hasta el momento en que la aceptación llega al oferente y la recibe, esto es, desde que la --- aceptación está a su disposición, siendo este sistema el utilizado por el Código Civil (ejemplo: - al recibir la carta en el que el aceptante le dice que "sí", la abra o no). Presenta este sistema - la ventaja sobre el anterior, de que el oferente -

está en aptitud de conocer la respuesta afirmativa, pero se le crítica sin embargo, porque se estima - no basta la simple posibilidad de conocer la aceptación para que se integre el consentimiento, sino que es necesario que sea efectivamente conocida.

4. De la información.- el consentimiento se perfecciona en el momento mismo en que el oferente se entera o informa de la aceptación que de su propuesta, hizo el destinatario de la misma. (ejemplo: abre la carga y se entera). Considero que este sistema es el más seguro, pues hasta el momento mismo de la información se puede decir que se tiene la certeza de que la oferta fue aceptada, y se habrá integrado el consentimiento. Sin embargo, este método presenta un serio inconveniente: la vida moderna, precisa celeridad y rapidez en las operaciones, aún a costa en cierto grado, de la seguridad jurídica.

- entre personas no presentes, sin fijación de plazo.- de acuerdo con el Código, en caso de enviarse por el oferente la propuesta a un destinatario no presente, sin fijarse plazo para que éste acepte, el policitante queda obligado a sostener su propuesta por un tiempo igual al que tarde en ir y venir la contestación por correo, más un plazo de tres días y no habiendo correo, según las distancias y la facilidad o dificultad de las

comunicaciones. Dentro del plazo antes señalado, el policitante queda obligado, y si después de ese lapso recibe la aceptación, ésta ya no puede integrar el consentimiento, si el oferente ya no lo desea.

- entre personas no presentes, fijándose plazo.- se sigue lo preceptuado por el artículo 1804 antes transcrito; ésto es, que toda persona que propone a otra la celebración de un contrato - fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

Queda así, hecho el estudio del primero de los elementos de existencia de los contratos: el consentimiento; procede ahora, analizar el objeto de los mismos.

EL OBJETO.- Esta palabra reúne diversos contenidos idiomáticos; por lo que como elemento de existencia puede tener dos contenidos:

- Directo, que es el de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.
- Indirecto, que es una conducta algo INTANGIBLE y que consiste en un dar, hacer o no hacer; siendo este último al que se refiere el Código Civil en su artículo 1824, que a la letra dice: ---
" Son objeto de los contratos ":

I. La cosa que el obligado debe dar:

II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer

Es así que el elemento "Objeto" de los contratos es una prestación, algo intangible, es una conducta que se repite en cada tipo de contrato (ejemplo: en los contratos de compra-venta se tiene el mismo objeto como elemento de existencia; es decir, la translación de dominio).

Ahora bien, como ya se señaló anteriormente el objeto puede consistir en un: dar, hacer o no hacer, por lo que se analizará cada una de estas conductas.

Análisis de la prestación de cosas (dar).- esta prestación puede revestir diversas hipótesis, mismas que el artículo 2011 del Código Civil especifica y que se pueden contener en los siguientes presupuestos:

- a). Translación del dominio de cosa cierta (ejemplo: en la compra-venta, el dar la cosa y la otra parte el pagar lo convenido).
- b). Enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta (ejemplo: el arrendamiento).
- c). Restitución de cosa ajena (ejemplo: el depósito).
- d). Pago de cosa indebida (ejemplo: préstamo de cosa fungible tal como lo es el dinero, debiéndose de pagar al prestamista).

Análisis de la prestación de hechos (hacer) y de la abstención de los mismos (no hacer).- La prestación de hechos, o la abstención, por parte del deudor debería satisfa--

cer los requisitos que señala el artículo 1827, que dice que el hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: Posible y Lícito, y digo debería porque considero que solamente debe de ser posible, pues la licitud no es un elemento del objeto como elemento de existencia, sino sólo como requisito de validez, pues puede un contrato existir aún con objeto ilícito. Es así que el hecho o la abstención deben ser posibles, ésto es, - ir de acuerdo con las leyes de la naturaleza y las jurídicas de orden público, así, puede haber:

- hechos o abstenciones físicamente imposibles (como ejemplo - de hecho físicamente imposible está el que alguien se obligue a paralizar el movimiento de rotación de la Tierra; y como abstención, el que alguien se obligue a dejar de comer por 20 años).
- hechos o abstenciones jurídicamente imposibles (como ejemplo de hecho jurídicamente imposible está el que alguien se compromete a embargar un patrimonio de familia; y como abstención jurídicamente imposible el que en un contrato de arrendamiento, - el arrendador se obligue a no transmitir la tenencia del bien).
- hechos o abstenciones física y jurídicamente imposibles.

Hasta aquí el análisis de los elementos de existencia del contrato; al respecto, cabe mencionar, que algunos autores consideran que la solemnidad es un elemento de existencia - del mismo, pero señalando que en el único caso que se da es en-

lo que ellos llaman contrato de matrimonio y al no ser el matrimonio un contrato, tal excepción no puede entrar como elemento de existencia de los contratos, más sin embargo, si tipificar - al matrimonio como el único acto jurídico solemne en México. - Ahora, se procederá al estudio de los requisitos de validez del contrato.

B). Anteriormente se expusieron los elementos que un contrato requiere para existir, pero no es suficiente que un acto exista, sino que precisa además de requisitos para producir sus efectos.

Es así que el artículo 1795 del Código Civil a la letra dice: " El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece ". (13).

Visualizado el anterior artículo a contrario sensu, se obtienen los requisitos de validez de todo contrato, esto es:

- I. Capacidad de las partes.
- II. Consentimiento libre de vicios.

III. Objeto, motivo o fin lícito; y

IV. Formalidad para manifestar el consentimiento

A continuación se analizará cada uno de los requisitos de validez del contrato:

LA CAPACIDAD " es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes, y hacerlos valer ". Existen dos clases de capacidad:

- Capacidad de goce, que es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes.

- Capacidad de ejercicio, que es la aptitud jurídica de hacer valer los derechos que se tengan y para asumir deberes jurídicos, por boca propia.

Según la mayoría de los autores, la capacidad de goce se adquiere con el nacimiento y la de ejercicio hasta la mayoría de edad; pero la realidad es que ambas se adquieren con el nacimiento, ejercitándose la capacidad de ejercicio hasta la mayoría de edad, por boca propia, y mientras la ejercitan por nosotros nuestros padres o representantes, pues si no fuera así ¿ cómo iban a ejercitar algo que no tenemos ?, es así, que mientras la ejercitan a través de las figuras de la representación o del mandato.

Ahora bien, todas las personas son capaces a menos que la ley señale lo contrario y se caiga en alguno de los supuestos para la incapacidad. Todos los nacidos y viables son capaces, se es viable cuando se tienen 72 horas de nacido y a partir de entonces ya se es sujeto a derechos y obligaciones. En cuanto a los fetos, no tienen capacidad alguna, ni derechos ni obligaciones, pero si tienen todas las protecciones de ley y perspectivas de derecho.

Por lo que toca a la materia contractual, el artículo 1798 dispone: " Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley " y en forma genérica el artículo 450, igualmente del Código Civil entre otras personas incapaces señala a los menores de edad y a los que se encuentren en estado de interdicción.

Finalmente en cuanto a este aspecto, tenemos que todo contrato por falta de capacidad de las partes o de una de ellas será afecto de nulidad relativa, esto es, que puede ser convalidable inclusive con efectos retroactivos. Si el acto es nulo por falta de capacidad se confirma en su oportunidad, o bien por el contrario se ejercita la acción de nulidad y ésta se decreta, por una ficción de ley, el acto se confirma o se destruye con carácter retroactivo. Toca ahora estudiar el se----

gundo requisito de validez de los contratos.

LA AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO, significa que el -- consentimiento, producto de la voluntad, al contratar debe ser dado libremente; ésto es, es indispensable que las voluntades - que lo integran sean manifestadas sin presión alguna.

Precisa entonces saber qué son los vicios del consentimiento y cuáles sanciona la ley.

Se entiende por vicio la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución. Son vicios del consentimiento los siguientes:

- a). El error
- b). La violencia
- c). La lesión
- d). La reticencia
- e). La mala intención (o mala fe) y,
- f). El dolo.

El error es un falso conocimiento de la verdad. -- Existen diversas clases de errores, entre los más comunes tenemos:

- Error aritmético, es el que se comete en una operación aritmética y conforme a la ley, no afecta la vida del contrato y sólo

da derecho a su rectificación.

- Error obstáculo en el negocio, se presenta cuando cada una de las partes que pretenden celebrar un contrato, cae en el error de creer que celebran un contrato diverso al que piensa celebrar la otra parte. No hay por lo mismo coincidencia de voluntades y no se puede integrar el consentimiento, faltando uno de los elementos de existencia del contrato y siendo inexistente el acto.

- Error obstáculo en la cosa, lo hay cuando las partes caen en error respecto de la identidad del objeto materia de la prestación en el contrato, cada uno supone que la operación versa sobre una cosa distinta, lo que da por resultado que no haya coincidencia de voluntades, y el error impedirá al igual que en el caso anterior, que se forme el consentimiento, y al no darse éste, no puede haber contrato.

- Error de hecho sobre la substancia, se entiende por substancia la cualidad de la cosa cuya existencia ha sido considerada por las partes como requisito del contrato, este error no impide la formación del consentimiento, no obstante ello, le permite pedir a quien en él incurrió, la anulación del contrato.

- Error de hecho sobre la persona, en términos generales se puede afirmar que no interesa con quien se celebra un contrato, no obstante, hay contratos que se celebran en atención a determina

da persona, y en este tipo de actos sí interesa saber con quien se celebran. Respecto a este error, el contrato también será nulo, toda vez que la consideración de la persona es causa principal de la convención.

- Error indifente, es el que produce en la voluntad del sujeto un equívoco sobre circunstancias incidentales del objeto, o cualquier otro elemento del contrato. Según algunos autores este error carece de trascendencia en la vida del mismo acto pues éste se habría celebrado aún cuando no se hubiera incurrido en el error y que cuando mucho, en ciertos casos dará lugar a un ajuste de las prestaciones, pero nunca a la nulidad del acto. - No estoy de acuerdo en lo anterior, toda vez que para una persona puede ser indiferente el error y para otra no, dependiendo en cada caso, la nulidad del acto.

- Error de Derecho, se presenta cuando una persona tiene una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal, o sobre su interpretación, esto es, respecto de una regla jurídica aplicable al contrato; siendo anulable él mismo si fue determinada dicha norma como condición del contrato.

La violencia, es el miedo originado por la amenaza de sufrir un daño personal, o que lo sufran personas o cosas que se tienen en alta estima y que lleva a dar el consentimiento de realizar un acto jurídico. Según el artículo 1819 del Código Civil, hay violencia cuando se emplea fuerza física o mo--

ral que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

De lo anterior, se desprende que existen dos clases de violencia: física y moral, y así lo contemplan los autores en la materia, pero considero que es imposible hacer una distinción, ya que la violencia es una, y son sus manifestaciones las que pueden ser físicas o morales y se pasa de una a otra sin que medie una distinción.

Cabe señalar, que este vicio se condena no por el miedo en sí que se produce en el ánimo del contratante cuyo consentimiento por este medio se obtiene, sino lo que se sanciona es la falta de libertad del contratante para determinar su voluntad a través del consentimiento, y a tal grado debe ser protegida ésta, que aún en el supuesto caso de que el contrato resultare beneficioso a los intereses del violentado, de todas formas debe decretarse la nulidad del acto, pues su consentimiento no fue dado libremente. Desde luego que serán raros los casos en que el violentado resulte con beneficios del acto, pero lo anterior se anota, para que se comprenda que la libertad es el valor jurídico protegido por la ley y en caso de no darse el consentimiento sin violencia, el acto será afecto de nulidad relativa, misma que es convalidable.

La lesión, presupuestalmente es un vicio del consentimiento de una de las partes, originado por su inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria, debiendo de producir el efecto de que la otra parte obtenga un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que ella por su parte se obliga. Es así que el artículo 17 del Código Civil, la define como: " Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria - inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año ". De acuerdo con lo anterior, la sanción para la lesión es una nulidad relativa, pudiéndose convalidar el acto, incluso por caducidad, si no se ejercita en un año.

Como crítica al anterior vicio, cabe señalar que - en México sólo existe presupuestalmente, pues en la práctica es difícil que se reunan esos presupuestos, en razón de que el legislador exageró al tratar de proteger a la clase débil, aún -- cuando su intención haya sido buena.

La reticencia es el silencio que voluntariamente - guarda uno de los contratantes al exteriorizar su voluntad a -- través del consentimiento, respecto de alguno o algunos hechos - ignorados por su cocontratante, y que tiene relación con el acto jurídico que se celebra. El efecto de la reticencia es que-

mantiene en el consentimiento de uno de los contratantes, la -- ignorancia de ciertos hechos que de haberlos conocido, no habría contratado o lo habría hecho bajo una situación diferente. El -- acto que así se celebre estará afecto de nulidad relativa. --- Existen diversos autores que señalan que la reticencia en reali- dad es un error, sin embargo, son distintos: el error es una -- falsa creencia de la realidad, pero implica ciertamente un cono- cimiento, aunque equivocado, por parte del que lo sufre. El -- que está en un error, tiene una noción en su mente, aunque equi- vocada, de algo del mundo exterior, en cambio, la víctima de la reticencia, ignora en forma definitiva lo que no le dice su con- traparte. En este caso no hay error, sino que hay ignorancia; - no hay falsa creencia, sino que hay ausencia de creencia, hay - ausencia de conocimiento. Es así que son cosas distintas, pu- diéndose aceptar que en último caso sería un camino para llevar al error.

Finalmente, tenemos al dolo y la mala intención, - no como vicios autónomos, sino como caminos que conducen al --- error, así, el artículo 1815 del Código Civil señala: " se en- tiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artifi- cio que se emplee para inducir a error o mantener en él a algu- no de los contratantes; y por mala fe (debe decir "mala inten- ción"), la disimulación del error de uno de los contratantes, - una vez conocido ".

Ahora, estudiemos por separado cada uno de ellos; -

en primer lugar tenemos a la mal denominada mala fe, siendo lo correcto el llamarla mala intención, ya que la fe es algo bueno y una figura filosófica, Así, la mala intención se define como la determinación de la voluntad de una parte en orden a la disimulación del error en que se encuentra la otra parte, al celebrar el contrato, o las maquinaciones que realiza, tendientes a mantener en ese error a su contraparte, determinación que se opone a lo que la ley que rige en ese momento, establece en protección de los que incurrían en ese error.

Anteriormente se trató a la mala intención como -- una forma de mantener en el error a una persona que incurre en él fortuitamente al momento de celebrar un contrato; pero en -- ocasiones al celebrarse el acto, una de las partes está en ---- error, no porque haya caído fortuitamente en él, sino que, por el contrario, fue llevada o inducida a ese error por su co-contratante, o bien por una persona ajena al acto jurídico a celebrar. En ese caso, se habla de dolo en el contrato, siendo el conjunto de maquinaciones empleadas para inducir al error, y - que determinan a la persona para dar su voluntad o para darla en situación desventajosa, en la celebración del mismo.

Tanto tratándose de dolo, como de mala intención- los contratos que en esos supuestos se realicen son afectos de nulidad relativa, misma que es convalidable.

Toca ahora analizar el tercero de los requisitos-

de validez de los contratos: el objeto, motivo o fin lícito.

EL OBJETO, MOTIVO o FIN LICITO, se refiere a cosas distintas, - por lo que, en primer lugar se verá que el motivo o fin lícito, más que nada se refiere al motivo o fin psicológico, es la razón contingente, subjetiva, y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del contrato, - debiendo ser de acuerdo con la ley y las buenas costumbres; -- con lo anterior, nos damos cuenta que la ley toma en cuenta la finalidad que se persigue en la conducta a realizar, siendo notorio con ésto que el Código Civil Mexicano, no sólo recientemente con las reformas, sino siempre, fue un Código causalista, es decir, que le interesa que los actos no se hagan con fines bastardos, siguiéndose la Doctrina de la Causa y únicamente con templándose el motivo o fin lícito, con el objeto lícito, conjuntamente, en atención a que en la época en que se elaboró el Código Civil que actualmente nos rige, era una época en la que estaba prohibido el tratar aspectos moralistas en cuestiones netamente legales; pero dejando el legislador de aquella época, - una puerta abierta para el Derecho Natural.

Ahora, tratemos al objeto lícito. Lo anterior --- abarca dos aspectos; como ya se vió anteriormente el objeto como elemento de existencia consiste en una conducta de dar, ---- hacer o no hacer, el objeto (conducta) debe ser lícito, queriendo ésto decir, estar de acuerdo a la ley y a las buenas costumbres y así lo dispone el artículo 1830 del Código Civil que dis

pone: " es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres ". El otro aspecto a tratar consiste en el objeto cuando la conducta es de dar o prestación de una cosa, tomándose al objeto como la cosa material, analizándose el mismo a continuación.

Precisa ahora saber si cualquier clase de "cosa" o "bien" puede ser materia u objeto del contrato, o si una cosa - debe satisfacer determinados requisitos para poder serlo. La - respuesta está en el artículo 1825 que a la letra dice: " La - cosa objeto del contrato debe: 1º Existir en la naturaleza; - 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3º - Estar en el comercio " (14). Es necesario analizar cada uno de los anteriores requisitos:

- La cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza, o - en su defecto, ser susceptible de llegar a existir; así no pue - denser objeto del contrato: las cosas que no existen y las que - no pueden llegar a existir; sin embargo sí pueden ser objeto -- del contrato cosas futuras pero que puedan llegar a existir co - mo en el caso del contrato de compra de esperanza (caso típico es el celebrado entre agricultores con motivo de la cosecha), - siendo imposible eso sí, que sea materia del contrato una cosa - imposible de llegar a existir como un dragón.

- La cosa objeto del contrato debe ser determinada o determina - bleen cuanto a su especie, ésto quiere decir que al momento en

que se hace una propuesta, el oferente debe especificar con exactitud cuál es la cosa que desea forme el objeto del contrato, esto es, debe determinar cuál será el objeto de la convención; aunque también puede suceder que la cosa no esté determinada, pero debe ser determinable en cuanto a su especie y se hará también determinada en ésta, al momento de exigirse el cumplimiento del contrato.

- La cosa objeto del contrato debe estar dentro del comercio, y si no lo está, tampoco podrá existir el contrato. Por ello es necesario determinar cuáles cosas están dentro del comercio. - Del artículo 748 interpretado a contrario sensu se concluye que las cosas están dentro del comercio, cuando por su naturaleza o por disposición de la ley, no estén fuera de él; y así, el artículo 749 del citado ordenamiento a la letra dice: " Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declare irreductibles a propiedad particular" (15). Con esto se puede afirmar que todas las cosas pueden ser objeto de un contrato, excepto:

- a). Las que por su naturaleza, no pueden ser poseídas por un individuo exclusivamente, como el aire, mar, etc.
- b). Las que la ley declara irreductibles a propiedad particular, tales como los bienes de dominio público de la Federación.

La comerciabilidad resulta entonces, la aptitud -- que tienen las cosas para ser objeto de un contrato por no impedirselos ni su naturaleza ni la ley.

Ahora, si el objeto materia del contrato no reuniese todos los requisitos señalados anteriormente, él mismo será afecto de nulidad relativa. Hasta aquí el análisis del objeto, motivo o fin lícito; toca ahora estudiar el último de los requisitos de validez del contrato: formalidad prescrita por la ley para manifestar el consentimiento.

LA FORMALIDAD, es la manera en que debe externarse y/o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley. Ya se vió anteriormente que el consentimiento, -- elemento de existencia del contrato puede ser dado expresa o tácitamente; ahora bien, dicho consentimiento debe de ser dado -- tal y como lo señala la ley. El ser humano en todo lo que realiza busca la seguridad, y esa seguridad al buscarse en el campo del Derecho da lugar a un principio jurídico que siempre el legislador trata de introducir en su obra: el de "seguridad jurídica". Los seres humanos desconfían, o se sienten inseguros cuando sus operaciones quedan sujetas a la simple palabra, sin ningún documento o "forma" en donde consten de manera fehaciente los mismos. Por otra parte, frente a esta idea de seguridad jurídica, también preocupa la celeridad jurídica. Lo anterior ha dado lugar a que las legislaciones aporten sistemas que tratan de conjugar los dos principios para dar celeridad a las ope

raciones, sin perder la seguridad jurídica, tal es el caso de México, en el que conjuga el Consensualismo y el Formalismo. El consensualismo se refiere a la tesis jurídica que pretende que el acto jurídico exista y se perfeccione por el mero acuerdo de voluntades, sin necesitar que éstas se plasmen en documento alguno, bastando el sólo consentimiento para que el contrato se perfeccione y surta sus efectos jurídicos plenos. El formalismo es la tesis jurídica que busca siempre que la voluntad de las partes se fije en un documento, de tal manera que el acto no exista, no se perfeccione o surta la plenitud de sus efectos, hasta en tanto no se cumpla con una forma precisa de externar la voluntad que debe marcar la ley. Lo anterior se plasma en los artículos 1832 y 1796 del Código Civil: " En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente determinados por la ley ", " Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley ".

De lo anterior se desprende que existen contratos consensuales y contratos formales, existiendo sanciones para el caso de incumplimiento de la formalidad. Si la ley determina

que un contrato debe cumplir con una forma y ésta no se satisface, es incuestionable que el contrato existe, y además tiene -- pleno valor mientras una de las partes interesadas no impugne - su validez con base en la omisión de ese requisito, ante la --- autoridad judicial. El que un acto no cumpla con la forma le-- gal, no significa que no valga aunque esté afecto de nulidad relativa, pudiéndose convalidar el acto y en este caso, la confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo; pero ese efecto retroactivo no perjudica a los derechos de terceros.

Hemos hecho así, el estudio del contrato en cuanto a sus elementos de existencia y a sus requisitos de validez; cabe sólo señalar de manera general que dentro del Derecho Positivo Mexicano, cuando falta un elemento de existencia el contrato será afecto de nulidad absoluta, equiparándose a su inexisten--cia y, al faltar uno de los requisitos de validez el contrato - será nulo relativamente, ya que será convalidable.

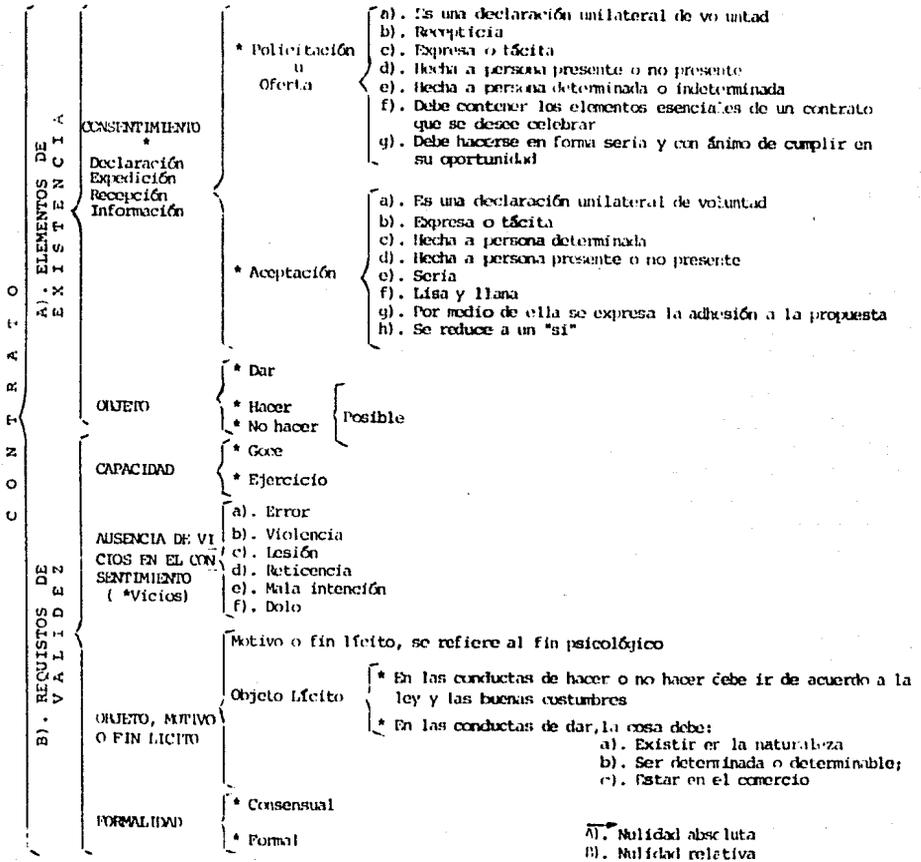
C). Como parte del análisis del contrato en general tenemos que como efecto normal del mismo está el PAGO, en--tendiéndose que pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere -- prometido; sin embargo, no siempre se cumple, existiendo diver--sas sanciones para la parte que incumplió, que van desde cum---plir lo pactado, pagar daños y perjuicios u optar por pedir la-terminación del contrato o su rescisión.

Toda vez que la voluntad exteriorizada a través del consentimiento de las partes fue el motor que dio origen al contrato, también la misma es origen para su terminación, exteriorizando las partes su voluntad de dar por terminado el mismo; siendo una forma normal así como también lo es el que concluya el -- tiempo fijado para el mismo, como ocurriría en un contrato de -- arrendamiento, sin embargo, no siempre las partes se ponen de -- acuerdo para terminar lo celebrado y así puede surgir la figura de la rescisión, que por revestir un carácter de importancia para el presente trabajo se trata como punto aparte.

LA RESCISION, es un procedimiento jurídico destinado a lograr la ineficiencia de un contrato válidamente celebrado y obligatorio en condiciones normales, a causa de hechos o acontecimientos externos que producen un perjuicio económico a alguno de sus contratantes o a sus acreedores, principalmente ocasionado por el incumplimiento en todo o en parte del clausulado del contrato. Su efecto principalmente es que obliga a la restitución recíproca de las cosas objeto del contrato con sus frutos e intereses, y subsidiariamente, si la restitución se ha hecho imposible, a la indemnización por daños y perjuicios. Lo anterior, es notorio, reviste un carácter preponderantemente material y -- económico, lo cual va de acuerdo con la naturaleza del contrato.

D). Con motivo de facilitar la comprensión de parte del presente capítulo y a fin de utilizarse en capítulos posteriores, a continuación se estampa un cuadro resumen del análisis

sis elaborado del contrato en México:



E). Finalmente, en el estudio del contrato, tenemos que el Código Civil Mexicano en la segunda parte del Libro Cuarto trata " De las diversas especies de contratos "; específicamente del artículo 2243 al 2963 del citado ordenamiento, englobando a los siguientes contratos tratados en Derecho Positivo Mexicano:

- a). Contrato de Promesa;
- b). Contrato de Compra-Venta;
- c). Contrato de Permuta;
- d). Contrato de Donación;
- e). Contrato de Mutuo;
- f). Contrato de Arrendamiento;
- g). Contrato de Comodato;
- h). Contrato de Depósito;
- i). Contrato de Secuestro;
- j). Contrato de Mandato;
- k). Contrato de Prestación de Servicios:
 - Prestación del servicio doméstico;
 - Prestación del servicio por jornal;
 - Prestación del servicio a precio alzado;
 - Prestación de servicios profesionales;
- l). Contrato de Obra a precio alzado;
- ll). Contrato de Porteadores y alquiladores;
- m). Contrato de Hospedaje;
- n). Contrato de Asociación;
- ñ). Contrato de Sociedad;
- o). Contrato de Aparcería;

- p). Contrato de Juego;
- q). Contrato de Apuesta;
- r). Contrato de Renta vitalicia;
- s). Contrato de Compra de esperanza;
- t). Contrato de Fianza;
- u). Contrato de Prenda;
- v). Contrato de Hipoteca; y
- w). Contrato de Transacción.

Con lo anterior es posible concluir el presente capítulo, que servirá de base para consideraciones posteriores en el presente trabajo.

C A P I T U L O V
ANALISIS ESTRUCTURAL DEL MATRIMONIO EN MEXICO

Toca ahora estudiar la estructura célula de la sociedad: el matrimonio.

A). Esencia del matrimonio.

La esencia del matrimonio ha sido analizada a través de los tiempos por diversos autores; de los cuales varios consideran que el matrimonio es un cierto género de relaciones sexuales entre dos personas de sexo diferente que ha sido revestido de una forma especial determinada por ciertas condiciones legales sociológicas, morales o religiosas; sin embargo, la verdadera esencia del matrimonio corresponde a algo mucho más profundo a la vez que se coloca en un plano mucho más elevado.

El matrimonio, como un estado de derecho natural, se encuentra formado de entes compuestos de materia y espíritu, en quienes debe predominar éste sobre aquélla, tiene que estar plenamente impregnado de una espiritualidad que, lejos de permitir que su cometido quede agotado en la grosera satisfacción de los apetitos carnales, le oriente hacia el debido cumplimiento de las altas finalidades que le corresponde llenar.

El hombre tiene, pues, la tendencia a buscar amigos y esta tendencia natural culmina en la de tener compañera. Pero es preciso advertir que esta búsqueda no es la grosera concepción

del complemento sexual, exclusivamente, lo que obliga al hombre a sentir desagrado por la soledad, ni es tampoco el temor de perecer si vive aislado absolutamente: es el interés de sentir a su lado a la persona que incondicionalmente estará siempre con él; - es la instintiva búsqueda de quien le ayude a sobrellevar sus fracasos y a consumir sus triunfos; es el afán de seleccionar al semejante que le permitirá realizar el milagro de reproducirse y de crear una vida nueva.

La esencia del matrimonio consiste por tanto, en una comunidad plena de cuerpos y de espíritus entre dos personas de sexo diferente. Esta comunidad no debe entenderse como una mera simpatía afectiva, ni mucho menos como la satisfacción de la concupisencia lujuriosa proveniente únicamente del apetito animal, - sino como la unión estrecha de dos almas fundada en la atracción-material, mutua y recíproca innata en todo ser humano y cuya manifestación más característica es la relación sexual que hace perdurar la unión de los cónyuges durante toda su vida, aún después de extinguidas sus facultades genésicas. Es así como se forma la característica distintiva del matrimonio aproximando, armonizando y perfeccionando a un hombre y a una mujer al fundirlos en una individualidad superior.

Se encuentran, en consecuencia, al analizar la esencia del matrimonio, dos elementos: uno material, consistente en la relación sexual propiamente dicha y otro psicológico, consistente en la natural atracción afectiva de dos personas de sexo diferen-

te. Al analizarse la conjunción de ambos elementos se integra en esencia el matrimonio, puesto que la realización de uno solo de ellos, exclusivamente no puede integrarla en debida forma. En resumen: la base y el fundamento del matrimonio radica en el apetito sexual, innato en toda persona humana, el cual dignificado y elevado por la mutua simpatía afectiva, basada sobre todo en la atracción espiritual de los dos seres que se unen con la finalidad de ayudarse y socorrerse mutuamente y de procrear y educar a la prole, constituye la esencia del matrimonio.

B). Ahora bien, referente a otro aspecto, tenemos -- que múltiples son los fines que diversos autores señalan al matrimonio: satisfacción del instinto sexual, moralización del amor, procreación, educación de la prole, auxilio recíproco de los cónyuges, felicidad mutua, vida en común, perfeccionamiento, complemento sexual y otros más. En mi concepto es un error pretender que el matrimonio tenga uno sólo de esos fines, ya que todos pueden ser realizados en él.

Entre los autores que sostienen un punto de vista -- unilateral en esta materia, figuran: Kant, para quien el fin del matrimonio es únicamente el goce de las facultades genitales; Letourneau, según el cual ese fin consiste solamente en reglamentar las uniones sexuales para dar satisfacción al apetito amoroso; olvidando uno y otro que la necesidad genésica es simple medio al servicio de fines más elevados y que el matrimonio es mucho más -- que una simple unión carnal; Schopenhauer le asigna por fin la ge

neración futura, resultando así absorbidos los fines individuales por los de la especie; Comte le atribuye el perfeccionamiento mutuo de los sexos y en especial la moralización del varón mediante el contacto y la influencia de la mujer; Acollas sostiene que ese fin es la vida en común, sin advertir que más que el fin del matrimonio, es su contenido; Boistel y Novicow, señalan como único fin la felicidad de los esposos, posición que según se verá más adelante, al olvidar el interés de los hijos y de la sociedad, -- conduce inexorablemente al libertinismo sexual.

Aristóteles señaló al matrimonio un doble fin: la -- procreación de los hijos y el complemento de los esposos. Santo Tomás de Aquino fué más allá, señalando los de generación, educación de la prole y mutuo auxilio de los cónyuges, los dos primeros como específicos y el tercero como individual. Sánchez Román distingue en el matrimonio un fin próximo: la constitución de una comunidad plena y perfecta entre dos individuos de sexo diferente y un fin remoto: la conservación de la especie humana.

En realidad los tres fines principales del matrimo-- nio son los que señala Santo Tomás de Aquino: la procreación, por que ella es la consecuencia natural de la unión del hombre y la mujer y del impulso que a ella les conduce por la diferenciación de sexos; la educación de la prole, porque es consecuencia de la procreación, toda vez que quien da el ser tiene el deber jurídico a dar los medios para continuar existiendo; y el mutuo auxilio, - porque el hombre necesita de la mujer para que le consuele y le -

conforte en el hogar y la mujer necesita del hombre para que la defienda dada su naturaleza física, además de que en el matrimonio encuentran ambos cónyuges la satisfacción recíproca de sus tendencias e impulsos, tanto físico-biológicas, como morales.

Por otra parte, conforme a nuestro derecho los fines esenciales del matrimonio son la perpetuación de la especie y el mutuo auxilio, según se desprende del artículo 147 del Código Civil.

Finalmente, en este aspecto tenemos que es muy discutido si lo principal en el matrimonio es la procreación o el mutuo auxilio existiendo autores que defienden ambas posturas y que no vienen al caso mencionar, porque en mi concepto, no hay entre ambos fines ninguna oposición; los sexos se unen para complementarse y se complementan para reproducirse; en la familia como unidad orgánica no puede haber desarmonía entre fines. El fin uno e indivisible del matrimonio es la integración sexual humana realizada en todos los órdenes; ni es normal el complemento sin la reproducción, ni la reproducción sin el complemento, ni lo dicho se opone a que el matrimonio sea al mismo tiempo un medio para el mejoramiento y la felicidad de los individuos, para la moralización de las relaciones sexuales y para la realización de los fines legítimos de la Sociedad y del Estado.

C). Las propiedades del matrimonio como notas características que lo configuran son fundamentalmente dos: la unidad-

y la legalidad, aunque en otros tiempos también se consideró como propiedad del matrimonio a la indisolubilidad.

La unidad exige que la unión matrimonial sea de un solo hombre con una sola mujer (monogamia y monoandria). La razón de ello se encuentra en que, fundándose el matrimonio en la dualidad de sexos, una vez completados éstos no hay motivo para más; - por otra parte, semejante unidad es necesaria para la realización de los fines del mutuo auxilio y de la procreación y educación de los hijos, pues se comprende desde luego que si el matrimonio ha de ser escuela de buenas costumbres y obrar como regulador de las pasiones, no es posible que tales ventajas se obtengan añadiendo a esas pasiones mayor incentivo. La unidad de sexos se complementa con la unidad de dirección y aún con la unidad de condición de los cónyuges.

La poliandria, unión de una mujer con varios hombres al mismo tiempo, se opone a la unidad del matrimonio. Constituye una barrera insuperable a toda noción de moralidad toda vez que - prostituye espiritual y corporalmente a la mujer. Se opone también a todos los fines del matrimonio, ya que dificulta extraordinariamente la procreación de los hijos y torna casi imposible la conservación y educación de éstos por la dificultad de saber ---- quién es el padre a quien correspondería atenderlos. Destruye además la posibilidad del mutuo auxilio de los cónyuges, ya que, por una parte, hace imposible determinar quién es el que ha de sostener las cargas de la familia, y por otra, obstaculiza la tenden--

cia natural del ser humano que le lleva a aspirar a la posesión completa y absoluta del amor de aquél a quien su corazón ha elegido. Además, la unión de una sola mujer con varios hombres producirá un estado de desunión y luchas continuas que daría al traste con la tranquilidad y la paz del hogar.

La poligamia, unión de un solo hombre con varias mujeres al mismo tiempo, también se opone a la unidad del matrimonio, ya que si bien no impide la procreación, imposibilita la conservación y educación de los hijos y el mutuo auxilio de los cónyuges, siendo semillero profundo de celos y discordias y rebajando la condición de la mujer a mero instrumento de placer al servicio del hombre.

Por lo que se refiere a la nota de legalidad debo manifestar que el matrimonio es de derecho natural, y como tal debe ser reconocido por el derecho positivo. Estando la sociedad interesada en que los deberes, compromisos y responsabilidades de la unión conyugal sean efectivos, debe el derecho cobijarla bajo su manto procurando que el matrimonio sea realmente en la sociedad lo que debe ser según la ley natural. Pero a este respecto el Derecho no puede crear una organización distinta a su esencia ética o en oposición con ella, pues, el matrimonio, relación moral antes que relación jurídica, entra en el campo del derecho con una estructura definida y acabada; así, la misión del ordenamiento jurídico no puede ser otra que la de llevar en cuanto sea posible a expresión exterior, la figura de la relación matrimonial, impues-

ta por leyes morales. En efecto, teniendo por misión el orden jurídico positivo completar el orden jurídico natural, cooperando con sanciones eficaces a su observancia, dedúcese de aquí que la ley positiva no tiene otra misión que reconocer los caracteres -- del matrimonio, explicarlos y sancionarlos eficazmente, por consiguiente, el Estado no puede desconocer ninguno de los preceptos - naturales que rigen al matrimonio.

D). Los ELEMENTOS ESENCIALES O DE EXISTENCIA del matrimonio son aquéllos que se requieren para la constitución misma de este acto jurídico, bajo la sanción de carecer de existencia - en caso de faltar alguno de ellos; y éstos son:

1.- Diferenciación de sexos.- La diferencia de sexos es un elemento esencial del matrimonio ya que justifica el objeto mismo de la unión, que es principalmente, la perpetuación de la especie, lo - cual, sólo es posible mediante la diferencia sexual. Este elemento es perfectamente comprensible, pues por su propia naturaleza - no se concibe el matrimonio sin este elemento característico, que permite la realización de su finalidad.

Entonces, no motiva discusión alguna el elemento que abordamos, sino las situaciones anormales que pueden presentarse, debido a defectos orgánicos que presenten alguno de los cónyuges - y que hagan imposible el objeto o fin mismo del matrimonio. Así, - tenemos tres situaciones que pueden presentarse con frecuencia:

a). La situación normal, en que las personas que se unen conyugalmente tienen tanto sus características interiores acordes con las exteriores, o sea, que -- tanto el desarrollo orgánico de esas personas está -- de acuerdo con sus características somáticas, teniendo su organismo un desarrollo y funcionamiento co--- rrectos. En este caso no presenta ningún problema ni necesita una mayor explicación, ya que es la situa--- ción propia del matrimonio, en la que los contrayentes están en plena aptitud física de cumplir con el objeto de la unión.

b). En este segundo grupo de casos, las característi--- cas externas de alguno de los esposos, son propias -- de determinado sexo, masculino o femenino, en tanto, que las internas o sea las constituidas por los órga--- nos sexuales, son distintas a las exteriores y pro--- pias del sexo opuesto, dando lugar con ello, a matri--- monios con identidad sexual orgánica. Considero que--- si debido a esta situación, dos personas con distin--- tas características sexuales exteriores, es decir, -- hombre y mujer, se casan y resulta posteriormente, -- que los órganos sexuales de uno de ellos son iguales a los del otro cónyuge, la unión debe declararse --- inexistente, pues el elemento: diferencia sexual de los cónyuges, que es esencial en este acto, no exis--- te. Pues al implicar nuestra ley que el matrimonio --

es entre un hombre y una mujer, está indicando que - se requiere la dualidad de sexos tanto orgánica como somática. Esta situación no presenta dificultad, --- pues es manifiesto que nadie puede concebir un matrimonio en el que se han unido dos hombres o dos mujeres, aún cuando lo hayan hecho en la creencia falsa de que existía diferencia sexual, lo cual a mi modo de ver es dudoso. En estas uniones el elemento natural del matrimonio que es la diferencia de sexos, no se cumple; por lo tanto, dichas uniones son jurídicamente inexistentes y no producen ninguna consecuencia de derecho. En nuestro derecho la doctrina sigue esta misma tesis y considera al matrimonio inexistente, cuando se celebra entre personas que presentan - identidad sexual.

c). Estos casos que pasaré a referirme a continuación, son los que presentan mayores dificultades y - que han originado una completa división de la doctrina y de la jurisprudencia en los distintos países, - así como multitud de sentencias opuestas. La situación que trataré se presenta cuando se han unido en matrimonio, dos personas de sexos contrarios, perfectamente determinados, que tienen sus características exteriores como orgánicas normales, pero que por defectos orgánicos, uno de los cónyuges está imposibilitado de cumplir con la finalidad de la unión, que-

es la perpetuación de la especie. Se presenta entonces la duda acerca de si es o no posible exigir la disolución del vínculo por esa causa; unos han abogado por la disolución del mismo, en tanto que otros, han sostenido su criterio en el sentido de que no es procedente la ruptura matrimonial, ya que el matrimonio no solo se justifica con la procreación de los hijos, sino que también cumple su objeto con la convivencia armónica que entre sí lleven los cónyuges, que se han unido sin conocer el defecto orgánico de uno de ellos. En nuestro derecho, la duda aún no ha sido resuelta y sólo se contempla como causal de divorcio a la impotencia sobrevenida después del matrimonio.

2.- El consentimiento de los contrayentes.- Es elemento de esencia el consentimiento, pues para acto tan importante, que se realiza con miras a una unión perdurable y permanente, la voluntad de los contrayentes debe emitirse totalmente libre de cualquier vicio. Es claro que el legislador ha reglamentado casi por completo el matrimonio, promulgando normas que suplen la voluntad de los esposos. Pero en cambio, los deja en completa libertad de manifestar su voluntad para aceptar o rechazar unirse matrimonialmente, conforme a las normas preestablecidas por el legislador.

El consentimiento lo deben emitir los contrayentes por sí mismos cuando han adquirido la mayoría de edad y solamente

se requiere el consentimiento de los padres en caso de que alguno de ellos no haya llegado a esa mayoría. Son en este caso los padres quienes suplen el que los hijos no puedan ejercitar por boca propia su capacidad legal; y a falta de ellos, el Código Civil en su artículo 149 enumera las personas a quienes corresponde otorgar la autorización que se requiere para que los menores puedan contraer matrimonio.

El consentimiento siempre debe emitirse libremente y sin que medie vicio alguno. Es evidente que la autonomía de la voluntad es la soberana y libre decisión de aceptar o rechazar determinada obligación, tratándose del aspecto patrimonial. Y esta misma regla general, se aplica al matrimonio, pues queda al arbitrio de los contrayentes unirse en matrimonio o no conforme a las disposiciones legales. La reglamentación que hace el legislador y que substituye casi por completo a la que pudieran hacer las partes, exceptuando lo relativo a las capitulaciones matrimoniales, precisa los términos y condiciones en que se debe desarrollar todo matrimonio. No implica ésto, que la autonomía de la voluntad desaparezca, ya que los contrayentes en forma absolutamente libre manifiestan su voluntad de unirse conforme a la reglamentación señalada por la ley. Por ello, puedo afirmar que el consentimiento de los futuros esposos es elemento esencial para la realización de este acto jurídico, aunque no intrevenga para fijar totalmente las condiciones de la unión, ya reglamentada de antemano.

Apreciamos así la gran importancia de la voluntad en

el matrimonio, pues su trascendencia y duración son mayores que - en cualquier otro acto jurídico, ya que se trata de un acto perma- nente en que los esposos se unen para toda la vida.

3.- La solemnidad de celebrar el acto ante el Oficial del Regis-- tro Civil.- En la mayoría de las legislaciones, se reglamenta al - matrimonio como un acto solemne, por ello, se requiere en su cele- bración de ciertas formalidades obligatorias, sin las cuales la - unión será declarada inexistente, por ser un elemento esencial.

Pero no todas las formalidades que establece la ley- para el perfeccionamiento del matrimonio, producen la inexisten-- cia del mismo en caso de ausencia.

En nuestro Derecho, tenemos como formalidades esen-- ciales, cuya ausencia origina la inexistencia del acto, las si--- guientes:

- a). Que se otorgue el acta;
- b). Que se señale en el acta, que los contrayentes manifiestan su consentimiento de unirse en matrimonio;
- c). Que se determine perfectamente a las personas que se han casa- do, señalando sus nombres y apellidos; y
- d). Que el Oficial del Registro Civil los declare unidos y firme- el acta respectiva.

Las demás formalidades que se establecen en los artí

culos 102 y 103 del Código Civil vigente, producen la nulidad del matrimonio que es susceptible de perfeccionarse, llenado la formalidad que se omitió; entre ellas tenemos las siguientes:

- a).- Hacer constar que no existe algún impedimento, o que si existió, fué dispensado.
- b).- Las generales de los contrayentes: nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento.
- c).- Las generales de los testigos de identidad y su declaración sobre si son familiares de los contrayentes y en qué grado.
- d).- Si son mayores de edad los contrayentes.
- e).- La manifestación de los cónyuges en cuanto a bajo qué régimen contraen matrimonio: separación de bienes o sociedad conyugal; etcétera.

Asimismo en nuestro derecho se exigen formalidades concurrentes con el acto, consistentes en la comparecencia del varón y la mujer ante el Oficial del Registro Civil del domicilio de alguno de ellos para manifestarle su mutuo deseo de someterse a la institución matrimonial, en los términos que las leyes imperativas lo establecen. Previamente y de acuerdo con lo ordenado en el capítulo VII del Título Cuarto de nuestro Código Civil, las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al Oficial del Registro Civil, en los términos que señala el artículo 97 de dicho ordenamiento. Una vez admitida la solicitud el Oficial del Registro Civil señalará día y hora para la celebración del matrimonio. El día y hora señalados se presentarán los

pretendientes ante el citado funcionario, el cual, previa lectura de la solicitud presentada con anterioridad, preguntará a cada -- uno de ellos, si es su voluntad unirse en matrimonio, en este caso y si la respuesta es afirmativa los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad. De esta ceremonia se levantará acta que será firmada por los contrayentes y los testigos de identidad, en donde se haga constar el nombre, apellidos, edad, ocupación, domi cilio y lugar de nacimiento de los contrayentes y de los padres, - así como otros requisitos indicados en el artículo 103.

Finalmente tenemos que algunos códigos consideran ex cesivas las anteriores formalidades y no se les aplica la misma - sanción en caso de incumplimiento; sin embargo, nuestro código es más formalista, siendo inclusive, la solemnidad de celebrar el ac to ante el Oficial del Registro Civil, un elemento constitutivo y esencial del matrimonio.

4.- La licitud en el objeto o fin.- Es la licitud en el objeto el cuarto elemento esencial del matrimonio. En todo acto jurídico es indispensable para su constitución, y en el matrimonio se justifi ca principalmente, por la función social que realiza.

El objeto en el matrimonio como en la generalidad de los actos jurídicos, debe ser física y jurídicamente posible, por ello, cuando se celebra algún acto jurídico en el que su objeto - es imposible de cumplirse, ya sea en el espacio o en el tiempo, - será inexistente.

Cuando se realizan matrimonios en que el objeto es ilícito o es, física o jurídicamente imposible, se puede solicitar se declare inexistente el acto; tal es el caso del matrimonio con identidad de sexos, el cual en nuestro derecho no es aceptado pues es imposible llenar su objeto, al no poderse perpetuar la especie, ya que la ley parte necesariamente de la diversidad sexual a efecto de que se pueda celebrar dicho acto jurídico.

E). Toca ahora, una vez analizados los elementos esenciales del matrimonio, el estudio de los ELEMENTOS DE VALIDEZ del mismo y para el mejor estudio de ellos, conviene dividirlos en dos grupos. El primero en aquéllos sancionados por el legislador con nulidad absoluta. El segundo grupo, lo forman aquellos elementos cuya ausencia está sancionada con nulidad relativa.

I.- Elementos de validez sancionados con nulidad absoluta:

a). La pubertad de los esposos.- Es la aptitud física que estima prudente la ley al contraer matrimonio, para poder tener hijos sin que en los padres o en los hijos, surjan defectos orgánicos o nazcan éstos, con anormalidades físicas o mentales. El legislador en nuestro Código Civil considera prudente la edad de 16 años en el hombre y 14 años en la mujer, para poder contraer nupcias. Esta edad varía en los Códigos de los distintos países. En general se observa la tendencia en las legislaciones modernas de todos los países, a aumentar la edad mínima necesaria para contraer matrimonio, ya que por el desarrollo de la vida actual se requiere-

mayor preparación, y un completo desarrollo tanto físico como intelectual, pues se ha apreciado que quienes se unen en la edad mínima casi siempre fracasan, llegando en corto tiempo a disolverse esas uniones. La vida de casado implica para los cónyuges serias responsabilidades y por lo tanto se requiere un juicio sereno y maduro y una cierta preparación que les permita soportar las cargas económicas que con el nacimiento de los hijos son mayores.

En México el Código Civil de 1870 consideraba que la pubertad la alcanzaba el hombre a los 14 años y la mujer a los 12, pero estudios posteriores demostraron que aún siendo buena la constitución y fortaleza de nuestra raza, era muy baja la edad que fijaba el citado ordenamiento por ser aún incompleto el desarrollo alcanzado, tanto físico como intelectual.

Este requisito es como la mayoría de los que consagra el matrimonio, de interés social; se busca la procreación de hijos fuertes y sanos que sean útiles y no cargas para la sociedad. Entonces dentro de los caprichos y la urgencia de los enamorados, se fija una edad mínima necesaria para la generación de seres bien desarrollados. Y muchos juristas han luchado por conseguir que se fije una edad de mayor madurez para contraer el vínculo, en que el pleno desarrollo físico y mental de los padres produzca hijos mejor desarrollados.

a). La ausencia de cierto grado de parentesco.- La ley exige como elemento de validez, la ausencia de cierto grado de parentesco --

tanto en la familia legítima como en la familia adoptiva y lo establece el Código Civil en la fracción III del artículo 156; así, tenemos las siguientes prohibiciones para contraer matrimonio:

- En la familia legítima.- existen prohibiciones legales de matrimonios entre parientes por consanguinidad tanto legítimos como naturales. Tenemos las siguientes, que se agrupan en cuatro:

1.- En línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado.

2.- En línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos.

3.- En línea colateral desigual, se prohíbe entre tíos y sobrinos hasta el tercer grado.

Al respecto de los anteriores impedimentos, nuestro Código Civil permite, previa dispensa, el matrimonio entre primos hermanos; más sin embargo, en los casos en que se intente celebrar el matrimonio entre parientes por consanguinidad, que se encuentren impedidos para ello, el Oficial del Registro Civil está obligado a abstenerse de continuar la celebración del acto, levantando inmediatamente el acta correspondiente que se remitirá al Juez de Primera Instancia, para que proceda a calificar el impedimento.

4.- El parentesco por afinidad en línea recta sin limitación alguna.

Este impedimento tiene su justificación en una razón de tipo estrictamente moral. Consiste en la prohibición a algunos excónyuges de contraer nuevas nupcias con los ascendientes o descendientes de aquél con quien estaban casados. Aunque no existe ningún parentesco consanguíneo que pudiera ocasionar taras raciales, el legislador trata de evitar la pena moral al esposo o esposa, de que su excónyuge se case en nuevas nupcias, con familiares tan cercanos como son sus ascendientes o descendientes. No obstante de haberse disuelto el primer matrimonio, subsisten sentimientos que nuestra ley respeta y que imposibilitan la unión, en estos casos se encuentra la justificación del impedimento por parentesco de afinidad, en el concepto general de buenas costumbres.

- En la familia adoptiva.- En la legislación universal existen -- prohibiciones por razón de parentesco entre parientes por adopción. Nuestro Código, en su artículo 157, prohíbe que el adoptante pueda unirse conyugalmente con el adoptado o sus descendientes.

Finalmente tenemos que en cuanto al elemento de validez consistente en la ausencia de cierto grado de parentesco, por causas graves pueden obtenerse dispensas, como ya lo establecía el Derecho Romano y, en mayor medida el Derecho Canónico, y así nuestro Código, por ejemplo permite: el enlace entre parientes -- por afinidad y entre tíos y sobrinos; igualmente por razón a la edad siempre que el hombre y la mujer hayan cumplido las edades de 16 años y de 14 respectivamente. Admite igualmente, previa dispensa, el matrimonio entre hijos adoptivos del mismo individuo y-

asimismo entre hijos del adoptante y el adoptado.

c). La ausencia de un matrimonio anterior subsistente.- El vínculo legalmente celebrado con persona distinta de aquella con ---- quien se pretende contraer, y que no ha sido disuelto, constituye un impedimento para un nuevo matrimonio, que origina de acuerdo - con el artículo 248 del Código Civil una nulidad absoluta, aunque se haya contraído de buena fé. Nuestro Código Civil vigente señala este requisito en la fracción X del artículo 156 y el Código - Penal en su artículo 279 tipifica como delito la unión matrimo--- nial, celebrada con las formalidades legales sin que se haya di-- suelto o declarado nulo el anterior.

d). La competencia del Oficial del Registro Civil.- La incompeten^{cia} del Oficial del Registro Civil ante el que se celebra el ma-- trimonio produce la nulidad absoluta del vínculo, por ir en con-- tra de disposición expresa de la ley. El código Civil en su artí^{culo} 146 determina: " El matrimonio debe celebrarse ante el fun-- cionario que establece la ley, y con las formalidades que ella -- exige ", el funcionario competente de acuerdo con el artículo 97- del mismo ordenamiento, lo es el Oficial del Registro Civil del - domicilio de cualquiera de las personas que deseen casarse.

La incompetencia del Oficial del Registro Civil pue^{de} ser en razón de la persona, cuando el Municipio en el que se - casan, no corresponde al domicilio de ninguno de los contrayentes, y en razón del lugar cuando el funcionario que los casa no tiene-

jurisdicción en el domicilio de los esposos, que es el lugar en donde se celebra el matrimonio.

En cualquiera de los casos anteriormente señalados - en cuanto al Oficial del Registro Civil, se puede pedir la nulidad absoluta del acto con todas sus consecuencias legales, por ir en contra de una disposición de orden público.

II.- Elementos de validez sancionados con nulidad relativa:

a). Ausencia de vicios en el consentimiento de los esposos.- Este elemento es común a todos los actos jurídicos y lo constituye el acuerdo de voluntades de los que intervienen en el acto, manifestada sin que medie error, dolo, mala intención, o cualquier otro vicio del consentimiento. En el matrimonio, éstos son únicamente el error, la violencia y la reticencia; no se incluye al dolo, -- porque en la generalidad de los casos podrían anularse multitud de ellos por existir este vicio, pues siempre los futuros esposos fingen una personalidad o cualidades distintas a las verdaderas, -- tratan de parecer llenos de virtudes a los ojos del enamorado, pero son engaños naturales en esta clase de relaciones humanas, que no pueden evitarse y que si se tomaran en cuenta, anularían con demasiada facilidad infinidad de matrimonios. Es por lo general, -- tan común aparentar una personalidad distinta a la real, que muchas veces no se conoce con absoluta certeza la misma. Toca a los enamorados, observarse bien antes de unirse para toda la vida, pa

ra conocer con la mayor seguridad posible, el verdadero carácter y las cualidades del ser con quien piensan casarse.

En cuanto a los vicios aplicables al matrimonio, el derecho prevé que pueda existir vicio por error en la identidad física de la persona o en las cualidades personales de ella. En el primer caso, cuando existe error sobre la identidad física de la persona, origina la anulabilidad del matrimonio. Aunque el error sobre la identidad física de la persona no es frecuente, sí se justifica que la legislación reglamente el caso, pues puede presentarse en los matrimonios celebrados por poder. En el segundo caso, el error sobre las cualidades de la persona, ha motivado división de criterios en la jurisprudencia y el problema de precisar si el error sobre las cualidades de la persona, que de haber sido conocidas antes del matrimonio hubieran hecho desistir al otro esposo, produce o no la nulidad del vínculo, aún no ha sido resuelto, sin embargo, considero que igual criterio al dolo, podría aplicarse en este caso.

En lo referente a la violencia, el Código Civil en su artículo 245 prevé: " El miedo y la violencia serán causa de nulidad del matrimonio si concurren las siguientes circunstancias

I.- Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;

II.- Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona o personas que le tienen bajo su patria potes--

tad o tutela al celebrarse el matrimonio;

III.- Que uno u otro hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado dentro de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación "(16)

Finalmente, tenemos que la reticencia, como un camino que conduce al error, es el silencio guardado referente a alguno de los impedimentos señalados por la ley, ya sea por uno o por ambos cónyuges.

b). El consentimiento de los ascendientes.- Cuando los que pretenden casarse, no han alcanzado la mayoría de edad que la ley establece, se requiere para el perfeccionamiento del matrimonio, el consentimiento de los padres si vivieren ambos, o del que sobreviva. En ausencia de los padres corresponde a los abuelos paternos o en su defecto a los maternos otorgar la autorización; a falta de ellos los tutores deberán otorgar el consentimiento. En caso de que las personas autorizadas por la ley revoquen el consentimiento dado o se nieguen a otorgarlo, pueden concurrir los interesados, ante el Presidente Municipal del domicilio de cualquiera de los futuros esposos.

En resumen, en cuanto a los elementos de validez del matrimonio, tenemos que los mismos son sancionados con nulidad ab

solta o nulidad relativa en caso de faltar alguno de ellos; asimismo existen violaciones que son sancionadas con nulidad absoluta, nulidad relativa e inclusive con multas en caso de incurrir en ellas; algunas de las cuales ya se contemplaron dentro de los elementos de validez y por lo tanto serán repetitivas; dichas violaciones serán: los denominados IMPEDIMENTOS.

1.- Impedimentos para contraer matrimonio.- Existen varias condiciones que exige la ley en la celebración del matrimonio, para evitar perjuicios morales entre los cónyuges o parientes de ellos, y también para proteger la higiene y la Institución de la familia y que impiden el matrimonio, en tanto no se cumplan. Pero algunas de estas condiciones, denominadas jurídicamente impedimentos, varían en importancia, por ello, existen los impedimentos impeditivos o simplemente llamados prohibitivos, cuya sanción por incumplimiento son multas que se imponen por desobediencia y los impedimentos dirimentes que protegen intereses más importantes y cuya violación produce consecuencias más graves a la sociedad y a la familia. Los efectos que el legislador señala a las violaciones son también distintos, dando lugar los impeditivos a la aplicación de multas, en tanto que los dirimentes originan la nulidad relativa o absoluta del matrimonio, según la importancia del impedimento que se haya violado.

Es así que si el matrimonio se celebra sin respetar el impedimento dirimente o prohibición, será sancionado con nulidad absoluta o relativa y nuestro Código Civil enumera cada caso-

en las diez cláusulas del artículo 156, mismas que en el acto se-
trasciben: "

I. La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dis-
pensada;

II. La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la pa-
tria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos;

III. El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limi-
tación de grado en línea recta, ascendente o descendente. En la -
línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos-
y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se ex-
tended solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el -
tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

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

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

VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para con-
traer matrimonio con el que quede libre;

VII. La fuerza o miedo graves. En caso de raptó, subsiste el impe-
dimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea resti-
tuída a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su volun-
tad;

VIII. La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía y el
uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La im-
potencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y las en-
fermedades crónicas e incurables, que sea, además, contagiosas o-

hreditarias;

IX. El idiotismo y la imbecilidad;

X. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual " (17)

Ahora bien, en cuanto a los impedimentos impeditos, éstos protegen al matrimonio pero en supuestos de menor importancia, con consecuencias en caso de violación, muy leves y, que por lo tanto, no producen nulidad del acto, sino que simplemente son sancionados con multa. El Código Civil vigente se refiere a ---- ellos en el artículo 264 y con relación a lo dispuesto en sus preceptos 158 y 289, que establecen la prohibición que tiene la mujer de contraer nuevas nupcias, en el plazo de trescientos días - después de disuelto el anterior matrimonio, con el objeto de de-- terminar perfectamente la paternidad en caso de quedar la mujer - encinta. El artículo 159 citado prohíbe la unión del tutor o sus descendientes con la persona que ha tenido bajo su guarda, sin la dispensa o autorización que para ese efecto le conceda el Presi-- dente Municipal, una vez aprobadas las cuentas de la tutela, esta disposición es aplicable también al curador. Este precepto protege los intereses del menor o incapaz sujeto a tutela, pues el tutor al casarse con su pupilo, evitaría que se le exigiera oportunamente la rendición de cuentas.

Además, en cuanto a lo anterior, se prohíbe a la -
mujer casarse antes de transcurridos trescientos días después de
la disolución anterior, a menos que dé a luz un hijo dentro del
plazo indicado. En los casos de divorcio o nulidad puede contar
se ese tiempo a partir del día en que se interrumpió la cohabi-
tación; salvo el caso previsto en nuestro Código Civil, del cón-
yuge que haya dado causa al divorcio, pues no podrá volver a ca-
sarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó -
el divorcio. En el caso de que se hayan divorciado voluntaria--
mente, el plazo se reduce a un año. Con esto el legislador quie-
re evitar que el matrimonio pierda su seriedad y que se celebre
y se disuelva con la mayor facilidad. En el primero, la necesi-
dada de evitar la incertidumbre en cuanto a la paternidad de la
prole, movió al legislador a prohibir que la mujer contraiga --
nuevo matrimonio antes del término necesario para definirla.

2.- Entonces, de lo anterior se puede precisar, --
que el MATRIMONIO PUTATIVO es el que se realiza de buena fé, --
por ambos o alguno de los esposos, pero que adolece de algún vi-
cio que lo afectará de nulidad o inexistencia. La buena fé exis-
te cuando los cónyuges ignoran la existencia de ese vicio, en -
el momento de celebrar el acto, ya que si lo conocen posterior-
mente ésto no altera la naturaleza putativa del enlace. Esta --
institución se ha establecido para proteger a la familia, que -
obrando de buena fé, quedaría en un completo desamparo al des--
truirse retroactivamente todos los efectos de la unión, adqui--
riendo en el acto, la mujer el carácter de concubina.

Efectos que se producen.- En caso de declararse la nulidad o inexistencia posterior del matrimonio, subsisten todos sus efectos hasta antes de dicha declaración, en favor de los cónyuges mientras dure y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, pero se destruyen para el porvenir. La buena fé que nuestro Código Civil presume en su artículo 257 debe haber sido concurrente con la celebración del acto y siempre admite prueba en contrario. Si ha habido buena fé* de parte de uno sólo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos. Si ha habido mala fé* de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos.

Los efectos del matrimonio putativo cesan el día en que por resolución judicial se declare la nulidad o inexistencia del enlace, y la situación es la misma que en el divorcio. Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso.

F). Se ha analizado en los inciso D y F, tanto a los elementos esenciales y los requisitos de validez del matrimo

* buena o mala intención

nio, como a los impedimentos; siendo la no observancia de los mismos sancionada con inexistencia, nulidad absoluta o relativa, e inclusive, con multas, dependiendo de la infracción cometida; es así que en resumen y como conclusión de lo anterior, tenemos que el Código Civil en su artículo 235 trata de las causas de nulidad del matrimonio, y en efecto, a la letra dice: " Son causa de nulidad de un matrimonio:

- I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;
- II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156;
- III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103. " (18)

Bien, enunciando lo anterior, considero que únicamente queda por analizar en cuanto al matrimonio su forma de disolución.

G). Se ha visto que el acto matrimonial necesariamente requiere como elemento esencial del consentimiento, sin el cual, es imposible entrar al matrimonio; sin embargo, es un acto tan complejo, que para salir de él, no basta con manifestar su voluntad de ya no seguir dentro del régimen matrimonial o simplemente que concluya el término del matrimonio, como sucede en los contratos, o que se cumpla su fin; sino que al ser el

matrimonio la célula de la sociedad requiere de un sinúmero de requisitos para su disolución, siendo la única forma de lograrlo, a través de la figura del divorcio, que aún cuando no es el tema de este trabajo, brevemente se analizará, en virtud de reunir elementos que sustentan los principios de que el matrimonio erróneamente es considerado por el Código Civil Mexicano, como un contrato.

" El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro ".

En derecho positivo mexicano, existen tres formas en que se puede llevar a cabo el divorcio: divorcio administrativo, divorcio voluntario y divorcio necesario, mismas que a continuación se analizarán.

El divorcio administrativo se encuentra regulado en el artículo 272 del Código Civil, pudiéndose llevar a cabo si ambos cónyuges están de acuerdo, no tienen hijos, son mayores de edad y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron. Para obtener este divorcio, ambos cónyuges se presentarán personalmente ante el juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse. El juez del registro civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará-

constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para - que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del registro civil los declará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la - anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba - que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces además de no surtir sus efectos el divorcio, sufrirán las penas que establezca el código de la materia.

El divorcio voluntario o por mutuo consentimiento - sólo puede pedirse si ha pasado un año de la celebración del matrimonio y se utiliza esta clase de divorcio, cuando estando de acuerdo ambos cónyuges, existen hijos y/o no se han puesto de - acuerdo en la forma de liquidar la sociedad conyugal. Los cónyuges que así deseen divorciarse presentarán al Juzgado competen - te, un convenio en el que se fije de menos, lo siguiente:

I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del - matrimonio tanto durante el procedimiento como después de ejecu - toriado el divorcio;

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto - durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divor - cio;

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

IV. En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurar lo;

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Además pueden fijarse las cláusulas que estimen pertinentes los cónyuges, siempre que no vayan en contra de la moral, el derecho o las buenas costumbres.

Aunado al convenio señalado, se presentará el acta de matrimonio y las actas de nacimiento respectivas de los menores hijos. Hecha la solicitud de divorcio, citará el Tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta denominada junta de avenencia en la que los primeros se identificarán plenamente, que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, y si asistieron los interesados, los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra avenirlos aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de

los que un cónyuge deba dar al otro mientras dure el procedi---
miento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento. Si in---
sistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará -
el Tribunal a una segunda junta. Si tampoco se lograre la recon---
ciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los dere-
chos de los hijos menores o incapacitados, el Tribunal, previa-
opinión del representante del Ministerio Público, dictará sen---
tencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidi-
rá sobre el convenio presentado.

El divorcio necesario tiene su origen en las causa---
les señaladas en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Cód---
igo Civil vigente; no se hará una enumeración de las mismas, -
porque no tiene objeto, sino simplemente se agrupan como sigue:

- las que implican delitos;
- las que constituyen hechos inmorales;
- las contrarias al estado matrimonial o impliquen incumplimien---
to de los deberes jurídicos conyugales; y
- las que impliquen determinados vicios o enfermedades.

Esta clase de divorcio se da cuando sólo uno de --
los cónyuges lo quiere y sólo puede ser demandado por el cónyuge
que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses si---
guientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en

que se funde la demanda.

El procedimiento se rige por el juicio ordinario - civil, sin embargo, existen medidas provisionales en cuanto a la separación de los cónyuges y al aseguramiento de los hijos, - que el juez debe decretar al admitir la demanda.

Una vez concluido el procedimiento, la sentencia - de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cuál el - juez gozará de las más amplias facultades. Ejecutoriado el di- - vorcio se procederá a la liquidación de la sociedad conyugal, - asegurándose los alimentos de los hijos.

H). Bien, hemos concluido el análisis del matrimo- nio, su estructura y en fin, su reglamentación; toca ahora en - el siguiente capítulo compararlo con el contrato, mismo que fue analizado en el capítulo precedente, situación que necesaria- - mente llevará a la comprobación rotunda de que el matrimonio no es desde ningún punto de vista un contrato y para lograr una -- más fácil comparación, finalmente en el presente capítulo se -- elaborará un cuadro resumen que a simple vista nos permite ver- algunas de las diferencias esenciales entre ambos actos:

ESENCIA: es una comunidad plena de cuerpos y espíritus entre dos personas de sexo diferente.

FINES: 1.- perpetuación de la especie
2.- mutuo auxilio

PROPIEDADES: 1.- Unidad
2.- Legalidad

M A T R I M O N I O

ELEMENTOS EXISTENCIA
(ESENCIALES)

- 1). Diferencia de sexos
- 2). Consentimiento de los contrayentes
- 3). Solemnidad de celebrar el acto ante el Oficial del Registro Civil.
- 4). Licitud en el objeto o fin
 - Lícito
 - Posible

ELEMENTOS VALIDEZ

- I). SANCIONADOS CON NULIDAD ABSOLUTA
 - a). Pubertad de los esposos
 - b). Ausencia de cierto grado de parentesco
 - c). Ausencia de un matrimonio anterior subsistente.
 - d). Competencia del Oficial del Registro Civil.
- II). SANCIONADOS CON NULIDAD RELATIVA
 - a). Ausencia de vicios en el consentimiento (error, violencia, reticencia)
 - b). Consentimiento de los ascendientes

IMPEDIMENTOS:

Impedientes (multas)

Dirimientes (nulidad absoluta o relativa)

DISOLUCION:

- A). Divorcio Administrativo
- B). Divorcio Voluntario
- C). Divorcio Necesario

C P I T U L O VI

ANALISIS COMPARATIVO DEL MATRIMONIO CON EL CONTRATO

A). Hemos visto en el transcurso del presente trabajo, específicamente en el capítulo tercero, que han existido a -- través de la historia diversas posturas que tratan de explicar la naturaleza jurídica del matrimonio, habiendo adoptado México el - hecho de considerar al matrimonio como un contrato, situación que plasma así en nuestra Carta Magna, en el Código Civil vigente y - en fin, en todos los demás ordenamientos vigentes que regulan al mismo. Lo anterior, si bien se presentó por causas que más adelante se especificarán, es incorrecto, siendo procedente esgrimir no una sino varias críticas a la teoría contractualista del matrimonio, teoría que caerá por sí misma a la luz del análisis comparativo que se realizará en breve entre la figura del contrato y del matrimonio.

Es cierto, del estudio hecho en capítulos precedentes acerca de la estructura del contrato y del matrimonio, se desprenden las diferencias substanciales que separan a estos dos actos de la vida humana; esas diferencias y hasta contradicciones, - existen en nuestro Código Civil; sin embargo, el acto jurídico -- por medio del cual se establece legítimamente la familia, incuestionablemente no resiste un análisis a la luz de la teoría del -- contrato. El Derecho Familiar, con bases tan distintas al Derecho Patrimonial y obedeciendo a imperativos totalmente diferentes, debe tenerse ya como una rama jurídica de propia y fuerte fisonomía,

incapaz de confundirse en su contenido con nociones que sí caben en otras zonas del Derecho. El matrimonio, primer instituto jurídico dentro de aquél, tomado en su auténtica y justa significación, surge por encima de ese molde al que se ha querido ajustarlo, y ante aquéllos mismos que no perciben su verdadero carácter jurídico, habrá de aparecer como lo que realmente es: el único -- acto jurídico solemne en México.

Los partidarios de la teoría contractualista tratan de encontrar en el consentimiento, acuerdo de voluntades; el fundamento de su teoría, pero bien engañoso es considerar que si contrato es todo acuerdo de voluntades encaminado a producir, constituir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, el matrimonio sea un contrato. La definición del contrato, en relación con el matrimonio y quien sabe con cuantas otras instituciones que -- han sufrido idéntica deformación conceptual, es indudablemente engañosa, lo cual nos está diciendo que ha sido elevada a una abstracción que no le corresponde y que es falsa en tal amplitud.

Realicemos pues, un análisis a base de consideraciones fundamentales que habrá de llevarnos a la afirmación que encierra el título de la presente tesis, para ir percibiendo la realidad jurídica del matrimonio. Es así, que no puede incluirse al matrimonio en el concepto general y abstracto de los contratos, -- por las siguientes razones:

En primer lugar, y como ya quedó asentado, el matri-

monio entra en el denominado Derecho Familiar, mientras que el -- contrato encuentra su ubicación en el Derecho Patrimonial, por lo que ya desde el punto de partida del campo del Derecho, son esencialmente distintos.

Así tenemos que el contrato se encuentra regulado en el Código Civil dentro de la sección que regula las obligaciones-referentes al comercio jurídico entre bienes. Y por otra parte, - la institución del matrimonio se encuentra dentro del capítulo correspondiente a personas, razón más que suficiente para vislum---brar su diferenciación.

Por otra parte, tenemos que el matrimonio es de or--den público, mientras que el contrato es de orden privado -enten--diendo en principio, claro está, que el Derecho en sí es de orden público-, toda vez que las normas que rigen el matrimonio persi--guen como fin próximo el desarrollo de la familia, la educación -de la estirpe, la perpetuación de la especie y otros fines que in--dudablemente interesan a la sociedad, puesto que la vida de ésta--depende de la de sus miembros; en consecuencia estas normas son -de orden público y las de los contratos de orden privado, dado --que su fin próximo es la seguridad de los particulares.

Asimismo, tenemos que en lo que se refiere a los contratos, no se les considera creadores de una Institución legal, - en cambio al matrimonio sí, siendo la principal institución de la sociedad y por lo tanto, constante de un conjunto de reglas im---

puestas por el Estado para regularlo.

En consecuencia de lo anterior es que en los contratos las disposiciones legales desempeñan un carácter supletorio, - que sólo entran en caso de que las partes omitieren regular algo, - mientras que en el matrimonio, el complejo de normas establecidas por el Estado es fundamental y único, debiendo acatarlo las partes, a las cuales no se les deja a capricho regular dicha institución.

Así, en los contratos el Estado no tiene intervención, salvo indirectamente, creando por ejemplo un Registro Público para que se asienten determinados contratos; pero en el matrimonio juntamente con la voluntad de las partes, interviene de manera rigurosa el Estado, de tal manera que el Juez del Registro Civil no sólo presencia, autoriza o asienta las voluntades, - sino que toma participación activa, al extender el acta de matrimonio en la que declara unidos a los interesados, en nombre de la ley y la sociedad. De lo anterior desprendemos que el matrimonio es un acto esencialmente solemne, siendo esta la principal diferencia no solo con el contrato, sino con los demás actos jurídicos en México. Y es solemne, siendo ésta su esencia, en razón de que en este acto no se limita simplemente a levantarse un acta, - sino lo que en realidad sucede es que se celebra una ceremonia cívica, con la intervención del Estado. Concluimos en este punto en que para la existencia del matrimonio es requisito indispensable, la solemnidad de celebrar él mismo ante el Oficial del Registro -

Civil y en la celebración de los contratos no se requiere este tipo de solemnidades, sino que interviene únicamente la voluntad de las partes y excepcionalmente algún funcionario.

Existe otra diferencia en cuanto a la autonomía de la voluntad. Se dice que la voluntad de las partes es la ley suprema de los contratos, pudiendo las partes plasmar cuantas cláusulas deseen, siempre que no vayan en contra de la moral, el derecho a las buenas costumbres; sin embargo, en el matrimonio no se puede hacer lo anterior, sino simplemente dar su consentimiento para someterse a la institución matrimonial, aplicándoseles a las partes, como ya se mencionó con anterioridad, un complejo de normas previamente fijadas por el Estado y el cual las partes no pueden variar a su libre arbitrio, salvo tratándose del régimen de bienes de los cónyuges, aspecto éste último esencialmente patrimonial y aún en tal caso, está limitada. En resumen, la autonomía de la voluntad de los futuros esposos para crear el matrimonio, es evidente que se encuentra totalmente limitada por el legislador, que le señala con normas preestablecidas la actitud que corresponde a cada cónyuge. En cambio en los contratos, el legislador se limita a establecer los tipos de cada uno, dejando en completa libertad a las partes de fijar las condiciones, términos y modo de cumplir con las obligaciones impuestas.

En efecto, en los contratos las partes pueden establecer términos y condiciones, de acuerdo con sus intereses, mientras que en el matrimonio no, ni adicionar cláusulas o modalida--

des, ni disciplina las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la ley, ya que el matrimonio reviste un interés p^ublico y no privado como en los contratos.

Insistiéndose, ya se ha referido, que en materia contractual, domina, sin excepción, la autonomía de la voluntad, y es así en cuanto a sus efectos, en tanto que los efectos del matrimonio no están ni estarán sujetos a esa voluntad, por ser de interés social y por cuya razón los determina e impone la naturaleza, reglamentándolos el Derecho Positivo, tal y como sucede en cuanto a la patria potestad, alimentos, etc.

Es evidente que en el matrimonio la voluntad de las partes es unilateral, no existen intereses opuestos, tienen el mismo fin, no así en los contratos en que las partes tienen intereses opuestos, encontrando con lo anterior una más de las diferencias que separan estos actos.

En cuanto al motivo o fin de los contratos, se vió que al Código Civil mexicano le interesa la causa de los mismos, no debiéndose perseguir un fin bastardo, aún cuando se trate de causas eminentemente pecuniarias las que se persiguen en los contratos, no así en el matrimonio, en el cual la causa perseguida es la propagación de la vida, la cual es eminentemente de carácter social y no particular como en los contratos.

Como otro punto, tenemos que en materia contractual-

las obligaciones se extinguen tradicionalmente a través del pago o cumplimiento de las mismas, teniendo un término para su conclusión, sin embargo, en materia matrimonial, al no existir obligaciones -aún cuando el Código así las denomina erróneamente- si no deberes jurídicos que vienen con el Derecho Natural, no se extinguen, y aún cuando el Código señale a los padres la mayoría de edad de los hijos como conclusión de su deber alimentario, vemos que por naturaleza, los padres los siguen alimentando, ya que es algo que viene con ellos; por otra parte, al matrimonio no son -- aplicables las figuras de la novación, dación en pago y en fin, - las demás restantes formas de extinción de las obligaciones que - sí son aplicables a los contratos.

Otra diferencia entre ambos actos la encontramos en el hecho de que al ser la materia de los contratos algo que afecta al patrimonio de los particulares, su incumplimiento sólo dá origen al pago de daños y perjuicios. Ahora bien, ¿podría repararse en la misma forma el incumplimiento de los deberes matrimoniales?. Indudablemente no; porque las consecuencias del matrimonio: patria potestad, tutela, etc, son deberes no convertibles en dinero, de manera que las sanciones impuestas para el que falta al cumplimiento del contrato, no serán jamás aplicables al que falta al cumplimiento de los deberes familiares.

Por otra parte, trascendental resulta el hecho de -- que en el matrimonio intervienen como partes, únicamente dos personas de sexo opuesto, y en los contratos pueden intervenir cuan-

tas quieran, físicas o morales, y siendo físicas, no importa el -
sexo. Asimismo, se pueden celebrar cuantos contratos se quieran, -
con la misma persona o con distintas y sin embargo, sólo se se-
puede celebrar un sólo matrimonio, incurriendo en el delito de bi
gamia en caso de incumplir con lo anterior.

Existe otra diferencia que se hace notar con el fin-
de realzar que el matrimonio y el contrato son dos actos distin--
tos y ésto se refiere en cuanto a la aplicación de las leyes pro-
mulgadas con posterioridad al acto; ésto es, los contratos se ri-
gen siempre conforme a los preceptos establecidos en la ley vigen
te cuando se crearon, o sea, que al celebrarse un contrato existe
una ley que reglamenta, y aunque posteriormente se derogue, sus -
efectos futuros se normarán por la ley que le dió origen, sin que
la ley posterior pueda aplicarse retroactivamente. Lo que no ocu-
rre en el matrimonio, cuyos efectos deben regirse por la legisla-
ción vigente, aunque sea promulgada o emitida en fecha posterior,
quiere decir, que se aplicará retroactivamente la nueva ley, para
un acto celebrado con anterioridad y que regulará los efectos fu-
tueros del matrimonio. Es por lo tanto, obligatoria la nueva ley y
se aplica con efectos retroactivos en materia matrimonial, lo que
no ocurre con los contratos, que se regirán siempre por la ley ví
gente en el momento de su formación. En resumen, vemos que los --
contratos se rigen por la ley vigente en la época en que nacieron,
y no están sujetos a leyes posteriores a su celebración, como su-
cede en el caso del matrimonio.

Ahora bien, en cuanto a la capacidad de los contra--
yentes, en materia contractual se requiere para la validez del ac
to; adquiriéndose esta capacidad de acuerdo con nuestras leyes, a
los 18 años de edad, porque se estima que hasta entonces la perso
na puede realmente obligarse y antes de esta edad se considera que
la persona no tiene el suficiente conocimiento para comprometerse
y por esta razón, la ley protege a los menores, hasta el grado de
declarar nulo el contrato que se celebre con ellos y siendo con
validable en su caso por los que ejercen la patria potestad, que
son quienes ejercen la capacidad de ejercicio, mientras se llega
a la mayoría de edad. Esta condición, tan rigurosa en materia de -
contratos, desaparece en el matrimonio de acuerdo con lo que dis
pone el Código Civil, al fijar la edad mínima para contraer matri
monio de 14 años en la mujer y 16 en el hombre, pudiéndose, inclu
sive, concederse dispensa al respecto. Es cierto que antes de lle
gar a los 18 años, los contrayentes necesitan el consentimiento -
de quienes deben darlo de acuerdo con la ley, pero llenando este
requisito, el matrimonio es perfectamente válido, e incluso si -
se contrae sin el consentimiento, será ilícito más no nulo. De --
tal manera que la edad requerida para el contrato y la necesaria
para el matrimonio, como puede apreciarse, es distinta, por ser -
diferente el fin perseguido en uno y otro caso.

Como otra distinción encontramos que, valga la redun
dancia, en el contrato se firma el documento que contiene tal ac
to, denominado contrata, mientras que en al matrimonio, se firma
el acta de matrimonio.

En cuanto a los vicios del consentimiento, en ambos-actos encontramos rotundas diferencias, ya que en el contrato se pueden invocar, como vicios del consentimiento, al error, mala intención, violencia, reticencia, dolo y lesión (ésta última aún --- cuando sólo se da presuestalmente); sin embargo, en el matrimonio solamente se acepta como vicios del consentimiento al error, reticencia y violencia y aún cada uno de ellos, con sus diferencias. En primer lugar, se excluye al dolo por las razones apuntadas en el capítulo cinco, en el sentido de que si se aceptase como vicio del consentimiento en el matrimonio, entonces, todos los matrimonios serían nulos, dado que en el noviazgo los enamorados presentan otra faceta y al igual por lo que hace a la mala intención. Por lo que hace al error, sólomente se acepta éste en cuanto a la persona, para el caso de la celebración del matrimonio -- por poder, no existiendo los restantes tipos de errores que se -- pueden invocar, como sucede en los contratos, y mucho menos el -- error en cuanto a las cualidades físicas de la persona, que ha ge nerado dentro de la doctrina posturas opuestas. En lo tocante a - la lesión, es inaplicable al matrimonio, ya que la misma reviste un carácter preponderantemente económico, que sólo se da en los - contratos y no en el matrimonio.

Considero, que tal vez la postura que más ha ocasionado polémicas en cuanto a la distinción entre los dos actos que tratamos, es la referente al objeto; en efecto, algunos autores - han visto ya, con profundo acierto, que el objeto en el contrato no puede abarcar el del matrimonio. Ese elemento objetivo, esen--

cial en el contrato, resulta incomparable con el que el matrimonio tiene por tal, al grado de suscitar la afirmación rotunda, válida por sí sóla para la demostración del error que atacamos, de que en el matrimonio no hay objeto a la manera del contrato, sino algo que es imposible postular dentro de él. Cuando un hombre y una mujer deciden establecer una comunidad legítima que responde a un hecho natural y biológico, sintiéndose ya ambos unidos ante su propia razón por vínculos más entrañables que los jurídicos, con el matrimonio realizan ante el Estado una entrega de sí mismos recíproca y voluntariamente para quedar unidos además por un vínculo social en el estado matrimonial, mismo que los sitúa en sus deberes mútuos. Y al establecer esa comunidad legítima que nace por virtud del matrimonio y tiene su proyección exacta en la familia, se cumple una de las fundamentales cosas que interesan a la existencia de la sociedad por encima del trabajo y de las relaciones de propiedad y lucro: la propagación de la vida. En el matrimonio el objeto es pues, vivamente peculiar e inconfundible. No recae como el contrato sobre cosas o hechos, sino que opera -- una confusión entre él y los sujetos de la relación jurídica; además el objeto, reducido, como se sabe, en los contratos a la prestación de cosas materiales o servicios, pero nunca a la entrega recíproca de dos personas en toda su integridad, como sucede en el matrimonio, lo anterior se desprende claramente del artículo 1825 del Código Civil que nos dice que el objeto, entendido en este caso como requisito de validez del contrato, debe primero, --- existir en la naturaleza, segundo, ser determinado o determinable en cuanto a su especie; terecero, estar en el comercio. Y yo me -

pregunto si los cónyuges, tanto hombre como mujer, ¿ se encuen---
tran dentro del comercio; o lo que es lo mismo, sin son suscepti-
bles de propiedad en el sentido jurídico del término ?. Lo ante--
rior es obviamente negativo, en primer lugar por la libertad que-
consagra nuestra Carta Magna y en segundo lugar, porque los cuer-
pos humanos no están dentro del comercio, no pudiendo en conse---
cuencia el matrimonio ser un contrato, ya que carecería de objeto
a la luz de éstos. Insistiendo en lo anterior y como ya se anali-
zó, el objeto esencial de los contraos puede ser de dar, de hacer
o de no hacer, pero cualquiera que sea la prestación, forzosamen-
te tendrá que reacer sobre una cosa material o un servicio, ambos
de carácter enteramente económico. Siendo por consiguiente, cues-
tiones patrimoniales las que forman el objeto de los contratos, -
es decir, cosas que están en el comercio, que puedan reducirse a-
un valor exigible o cuya especie pueda determinarse. Es imposible,
por tanto, que este objeto esencialmente económico en los contra-
tos, lo sea también del matrimonio, y si bien es cierto que los -
cónyuges deben convenir la forma como quedarán sus bienes, ésto -
no debe de servir de base a los autores que sostienen que, preci-
samente por esa razón el matrimonio es un contrato, pues sería --
tanto como tomar en primer lugar lo accesorio y en segundo lo ---
principal. En fin, el objeto de los contratos recae sobre una co-
sa o sobre un servicio, pero no sobre la persona, porque ésta, en
todo caso será sujeto, ya activo, ya pasivo, pero nunca será obje
to; ahora bien, precisamente el matrimonio recae sobre las perso-
nas, las cuales se entregan mutuamente, siendo por lo tanto, el -
objeto en el matrimonio, de una esencia peculiar y totalmente di-

ferente al contrato.

Una diferencia más la encontramos en la figura del - Matrimonio Putativo y sus efectos que se dan en el acto matrimo-- nial, si el matrimonio se contrajo de buena fé, por uno o ambos - de los cónyuges, ya que en la fecha de su celebración desconocían algún impedimento; sin embargo, una figura similar no la encontra-- mos en los contratos, en virtud de que en el matrimonio se prote-- gen intereses más elevados y no particulares, como sucede en los-- contratos.

Siguiendo con las diferencias entre los actos que -- nos ocupan, diré que en cuanto a su forma de disolución es total-- mente distinta, ya que para disolver el matrimonio se requiere la figura del divorcio, mientras que en los contratos pueden disol-- verlo en el acto y a voluntad de las partes, sin entablar procedi-- miento alguno. Cabe señalar que aún tratándose del divorcio por - mutuo consentimiento o voluntario, aún en tal supuesto sería una-- sentencia dictada por una autoridad judicial la que disolvería la unión matrimonial y no el simple acuerdo como sucede en los con-- tratos. Aunado a la disolución del matrimonio, tenemos que para - iniciar el procedimiento de divorcio, el mismo tiene que llevarse ante el juez competente, siendo en este caso el del lugar del do-- micilio conyugal y sólo cuando se invoca la causal de abandono - de hogar, puede presentarse ante el juez en el cual resida en el-- momento el cónyuge abandonado. Lo anterior es una clara diferen-- cia en cuanto a los contratos, ya que en caso de que una sólo de-

las partes sea la que quiera darlo por terminado o rescindirlo -- por incumplimiento, será competente para conocer del asunto el -- juez del lugar que el deudor haya designado para ser requerido de pago, el del lugar señalado en el contrato para el cumplimiento -- de la obligación, el de la ubicación de la cosa e inclusive las -- partes pueden establecer en el contrato qué juez será competente -- para el caso de controversia; asimismo también se fija la compe-- tencia en razón de la materia y la cuantía; con lo cual nos damos cuenta de la enorme diferencia que existe entre el contrato y el -- acto de matrimonio.

En fin, aunado al anterior análisis comparativo, só-- lo nos queda resaltar que no sólo todo lo mencionado es lo que -- distingue a estos dos actos, sino que es lo más sobresaliente; ya que por otra parte y como puede claramente desprenderse de los -- cuadros resúmen que se elaboraron al final de los capítulos cua-- tro y cinco, es obvia la gran diferencia que existe entre el con-- trato y el matrimonio.

B). Ahora bien, es preciso elaborar un cuadro resu-- men de las diferencias analizadas, que nos permita ver más clara-- mente el error en que incurre el Código Civil mexicano al conside-- rar al matrimonio como un contrato, pues después de lo estudiado-- no creo que exista persona alguna que al ver esquematizadas las -- diferencias entre ambos actos, insista en seguir considerando al-- matrimonio como lo que no es:

* * * * *
C O N T R A T O
* * * * *

- * Estudiado por el Derecho Pa--
trimonial.
- * Regulado en el Código Civil--
dentro del capítulo de bienes
- * Es de derecho privado.
- * No es creador de una institu--
ción legal.
- * Existe una libertad total pa--
ra las partes. (autonomía)
- * Las disposiciones legales tie--
nen un carácter supletorio.
- * El Estado interviene sólo in--
directamente.
- * Sólo se requiere formalidad.
(no es esencial)
- * Se establecen libremente tér--
minos, cláusulas, modalidades
y condiciones.
- * Existe libertad en cuanto a -
los efectos del acto.
- * Existen intereses opuestos.
- * La causa que origina este ac--
to es eminentemente económica
- * Las obligaciones son extingui--
guibles.
- * Se da el pago de daños y per--
juicios por el incumplimiento
de las obligaciones.
- * Pueden intervenir en el acto--
tantas personas como se quie--
ran.

* * * * *
M A T R I M O N I O
* * * * *

- * Estudiado por el Derecho Familiar.
- * Regulado en el Código Civil den--
tro del capítulo de personas.
- * Es de derecho público.
- * Es creador de una Institución le--
gal.
- * No existe libertad, salvo en lo -
relativo a bienes.
- * Las disposiciones legales rigen--
completamente el acto.
- * El Estado interviene directamente.
- * La SOLEMNIDAD es esencial en este
acto (si falta es inexistente).
- * Se tienen que acatar disposicio--
nes legales, sin insertar cláusu--
la, término, modalidad o condi--
ción alguna.
- * Los efectos ya están fijados en -
la ley.
- * Se tiene el mismo interés o fin.
- * La causa que origina este acto es
peculiar: propagar la vida.
- * Los deberes jurídicos no son ex--
tinguibles.
- * No existe la figura del pago de -
daños y perjuicios por incumplir--
con los deberes matrimoniales (pue--
de incurrirse en delitos).
- * Sólo pueden intervenir en el acto
dos personas.

* * * * *
C O N T R A T O
* * * * *

* * * * *
M A T R I M O N I O
* * * * *

- * Las personas que intervienen en el acto pueden ser físicas o morales.
- * Siendo personas físicas las que intervienen, no importa el sexo.
- * Se pueden celebrar los contratos que se quieran.
- * Se rigen por la ley vigente - en el momento de su creación - (no existe aplicación retroactiva de las leyes promulgadas con posterioridad al acto).
- * La capacidad o edad para contratar se fija a la mayoría - de edad, es decir, a los 18 - años.
- * Se puede celebrar el contrato en el lugar que sea, sin que rijan reglas en cuanto a competencia.
- * Se firma la Contrata, en donde se plasma el acto contractual.
- * Los vicios del consentimiento son el error, mala intención, dolo, violencia, reticencia y lesión.
- * El objeto recae sobre cosas o hechos esencialmente económicos.
- * El objeto se reduce a la prestación de hechos o cosas matériales, que deben estar en el comercio.
- * No existe una figura similar a la del Matrimonio Putativo.
- * Sólo pueden intervenir en el acto personas físicas.
- * Las dos personas físicas que intervienen, tienen que ser de sexo opuesto (hombre y mujer).
- * Solo se puede celebrar un matrimonio.
- * Sujetos a leyes vigentes en el - momento actual, es decir, a leyes posteriores a su celebración (si existe aplicación retroactiva, de leyes promulgadas con posterioridad al acto).
- * Se es capaz para contraer matrimonio a los 14 años en la mujer y a los 16 en el hombre (dispensa).
- * El matrimonio debe celebrarse ante el juez del Registro Civil competente; éste es, el del domicilio de cualquiera de los novios.
- * Se firma el acta de matrimonio, - donde se plasma el acto matrimonial.
- * Sólo se admiten como vicios del - consentimiento al error (y de éste sólo el error en la persona), - violencia y reticencia.
- * El objeto es peculiarísimo y re-cae sobre las personas, quienes - se entregan recíprocamente.
- * Al recaer el objeto sobre las personas, éstas no están dentro del comercio ni son susceptibles de - propiedad, por lo tanto, el objeto es distinto.
- * Se da la figura del Matrimonio Putativo.

C O N T R A T O

M A T R I M O N I O

* Para disolverse basta con la simple voluntad de las partes, sin necesidad de procedimiento, salvo que una sola parte sea la que lo quiera (ej: rescisión).

* Para disolverse, aún tratándose -- del divorcio por mútuo consentimiento, se requiere de un procedimiento, dándose la figura del divorcio.

* Existen diversos jueces competentes para resolver las controversias en materia de contratos.

* Sólo es juez competente para conocer del divorcio, el del domicilio conyugal (con la excepción -- del abandono de hogar).

C). De todo el presente estudio, análisis y comparación, resulta que el vínculo matrimonial es tan distinto al contractual y que presenta modalidades tan precisas y únicas que, como se verá, es imposible creerlo un contrato cuando por todas partes está denotando enérgicamente que no lo es. No podrá ser contrato un acto que conforme a su naturaleza, esencia, fines, objeto, SOLEMNIDAD, efectos, capacidad de los contrayentes, etc; es completamente distinto; no podrá ser ni será contrato un acto que además de no podersele aplicar las reglas generales de los contratos, está en contradicción con ellas y se rige por normas especiales y distintas.

La noción de contrato tiene un límite que si lo modificamos, deja de reunir precisamente las condiciones necesarias para su existencia. Ha de entenderse que el contrato, como el matrimonio, son figuras jurídicas que como muchas otras, si se alteran, dejan de ser. Nos servirá como ejemplo citar que dentro de - la Geometría, el cuadrado es una figura formada por cuatro líneas;

pués bien, si modificamos la rectitud de esas líneas o quitamos - alguna de ellas, no se hace otra cosa que formar una nueva figura geométrica, pero ya no será nunca un cuadrado. Es lógico afirmar - pués, que el matrimonio es una noción precisa, concreta, que si - se modifica en su esencia desaparece y al igual sucede con el con - trato, siendo dos actos totalmente distintos, situación que nos - lleva a concluir que: " Técnica, jurídica y socialmente, EL MATRI - MONIO NO ES UN CONTRATO " y del análisis realizado para comprobar lo anterior, se infiere el error del Código Civil Mexicano al con - siderar al matrimonio como tal, error que parte de nuestra Carta - Magna, y siendo en realidad el matrimonio, el UNICO acto jurídico SOLEMNE en México, con sus características propias; solemnidad -- sin la cual será inexistente el matrimonio. Asimismo, como otros - actos jurídicos de derecho, el matrimonio forma una institución, - al conformarse por un conjunto de reglas impuestas por el Estado - que forman un todo, institución que, como ya se vió, ha variado - en razón de la épocas y valores, conservando sin embargo, su esen - cia.

Hemos terminado el presente capítulo con la convic - ción total de que el matrimonio no es un contrato, sin embargo, - es ilógico el que los legisladores, al menos algunos de ellos, no se hayan dado cuenta de la diferencia tan grande que existe entre el matrimonio y el contrato; lo que nos lleva necesariamente a -- pensar que tal vez existieron causas para considerarlo así, causa - les que se analizarán en el siguiente capítulo, no sin antes de - cir que, haya sido lo que haya sido lo que ocasionó tan grave ---

error, es tiempo de corregir, de subsanar deficiencias cometidas por aspectos históricos y no aceptar que se siga considerando a una institución como el matrimonio, base de la sociedad, como un contrato, ya que va en contra de su esencia y de la naturaleza -- misma del hombre, además de que deja mucho que pensar de la cultu ra jurídica mexicana.

C A P I T U L O V I I

CAUSALES DE JUSTIFICACION A LA CONSIDERACION DEL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO

Del análisis realizado y una vez concluido que el matrimonio no es un contrato, es preciso dar las causas que originan tan grave error, causas que aunque tal vez comprendamos, no dejan de ser eso, siendo necesario ver el momento presente y no permitir se sigan cometiendo errores.

Pués bien, tenemos que en México influyen en la mentalidad de nuestros legisladores, para considerar al matrimonio como un contrato, diversas causas, tanto internas como externas; procediéndose en primer término, a estudiar las influencias que sufrimos al respecto por parte del extranjero:

A). La cultura jurídica extranjera, en especial la francesa, influyó notablemente en México, cultura que necesariamente a su vez fue ocasionada por cuestiones sociales de la época. Hasta antes de la Revolución Francesa, se consideraba al matrimonio como un sacramento, y por ende, indisoluble, por su naturaleza; pero los filósofos y juristas de la época de la Revolución, vieron en el acto jurídico y especialmente en el contrato, que es un acuerdo generador de obligaciones, el supremo motivo de la vida social. Para Fouillés, nada prevalece al acto jurídico, y así dice: " El régimen contractual tiende a dominar más y más en las sociedades modernas; el Derecho otorga una importancia creciente a la idea de contrato, que acaba ocupando las nueve décimas par--

tes de nuestros Códigos a los que un día ocupará desde el primer artículo hasta el último ". Según estas ideas, la familia no constituía sino una reunión de individuos ligados entre sí por derechos y obligaciones recíprocas y, por tanto, el matrimonio, sólo se pone en movimiento por virtud del acto jurídico, y más simplemente por un contrato de Derecho Común. Estos conceptos originaron que la Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791, terminantemente dijera en su artículo 7, Título II que: " La ley únicamente considera al matrimonio como un contrato civil ". Esta forma de entender al matrimonio como un contrato puro y simple -- fué engendrada por las doctrinas de esos jurisconsultos y filósofos que influyeron rápidamente sobre él y además, por otras causas que a grandes rasgos enumeraremos:

PRIMERA.- Una de las causas predominantes que dió forma a la idea del matrimonio contrato, fue la influencia ejercida en esa época por el famoso "Contrato Social" de Juan Jacobo Rousseau; por otra parte, Pothier, de quien principalmente se guiaron los autores -- del Código de Napoleón y a quien se atribuía el comentario de este Código aún antes de su promulgación, se expresa, en cuanto al matrimonio, influido por Rousseau y dice: "El matrimonio, es el más excelente y antiguo de todos los contratos. Aún considerándolo únicamente en el orden civil es el más excelente porque la sociedad civil está interesada en él. Es el más antiguo porque fué el primer contrato que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo formado a Eva de una de las costillas de Adán y que la hubo presentado a éste, nuestros dos primeros padres celebraron -

un contrato de matrimonio. Adán tomó a Eva por esposa diciéndo---
le... y Eva tomó recíprocamente a Adán por su esposo "

SEGUNDA.- La segunda causa que influyó para considerar al matrimo
nio como un contrato, fué la situación de verdadero desorden y --
completo libertinaje en que se encontraba Francia en la Revolu---
ción. En esa época había desaparecido el respeto a la familia; se
habían borrado los principios más elementales de moral; se daba -
rienda suelta a las pasiones y a los vicios; el concubinato era -
cosa común y corriente y ante esta situación poligámica, es de su
ponerse que los principios cristianos que regían el matrimonio, -
estuviesen en completa contradicción con la época.

El desorden sexual cuyo radio de acción alcanzaba --
hasta las personas unidas por legítimo e indisoluble matrimonio,-
exigía una ley que viniera a sancionar la ruptura del vínculo ma-
trimonial y así se explica porqué, apenas reunida la Asamblea ---
Constituyente, llegan a ella solicitudes en forma que podía lla--
marse colectiva, pidiendo la implantación inmediata del divorcio.
Ante esta situación la Asamblea tiene frente a sí un problema ca-
pital que forzosamente tiene que resolver; pero, ¿ expediría una-
ley sobre el divorcio ? y, si la decretaba ¿ en qué se fundaría -
para hacerlo ? El caso tenía fácil solución, pues aceptando el ma-
trimonio como un contrato el problema dejaba de existir, porque -
siendo el matrimonio un contrato puro y simple, puede éste ser di-
suelto por voluntad de ambas partes o de una sola, (y no siéndo-
lo, como ya se vió, no puede ser así).

TERCERA.- Otra de las causas de la transformación del matrimonio, fue la propagación en Europa durante el siglo pasado de la doctrina de la Escuela Espiritualista, representada por Maine de Briancaro, Jouffroy, Fouillés y otros más, quienes trataron de convertir toda la actividad humana en el resultado de la voluntad libre, en la autonomía de la voluntad. Con estas ideas, el fin de las reglas de Derecho y el fin de los Códigos, sería reglamentar la libre determinación de la voluntad, ya que en último análisis; la voluntad es la única ley que gobierna a los hombres y sentada su base en el hecho de que el acto jurídico abarca toda clase de relaciones, no podía escapar a éstas el matrimonio que, por lo mismo, necesariamente tendría que colocarse dentro de las leyes declarativas en donde la voluntad es la única determinante; ésta, como reza el principio: " Es la suprema ley en los contratos ".

Aunque de manera superficial, y a grandes rasgos, hemos expuesto aquí, las causas que dieron origen a la concepción del matrimonio-contrato en el extranjero y principalmente en Francia. La influencia de ellas fué aceptada por varios tratadistas, para quienes el matrimonio, piedra angular de la familia, eslabón natural de perpetuidad de la especie y fundamento moral donde se inicia y se forma la educación de las generaciones, tiene como único objeto el que le asigne la voluntad suprema de los contratantes. El Código de Napoleón -fundamento de nuestro Derecho-, que en cuestión de relaciones familiares, adoptó íntegras las bases y los fundamentos de las leyes emanadas de la Revolución, transcribió, solamente, el artículo 7 de la Constitución de 3 de

1791 que dice: "la ley únicamente considera al matrimonio como un contrato civil".

B). Hemos visto a grandes rasgos las causas que en el extranjero se tuvieron para considerar al matrimonio como un contrato y su influencia en el ordenamiento mexicano a través del Código Napoleónico. Toca ahora ver, además, qué causas internas se tuvieron para considerar al matrimonio como un contrato. Como ya se vió al tratar del matrimonio, en el capítulo segundo, en México, al triunfo de las causas liberales los pensadores y realizadores de la Reforma dan los adelantos más notables a México en materia ideológica, claro está, a su vez influidos por los pensamientos del extranjero. Así es que el 25 de junio de 1855 se dicta -- por Lerdo de Tejada un decreto de Desamortización de manos muertas y el 12 de julio de 1859 Don Benito Juárez dicta la Ley de Nacionalización de bienes eclesiásticos, siendo consecuencia de lo anterior, que la Constitución de 1874 declara la separación absoluta de la Iglesia y el Estado y lógicamente el matrimonio no podía permanecer ajeno a todos los cambios que se estaban suscitando por lo que la constitución antes referida lo considera exclusivamente un contrato civil, al calor de la Reforma e influida principalmente por la doctrina francesa. En esta época, el Presidente Juárez consideró que dada la independencia de los negocios civiles del Estado con respecto a los eclesiásticos, cesaba el poder que se había dado al clero para que al intevernir éste último en la celebración del matrimonio produjera todos sus efectos civiles y que, por lo tanto, el Estado debía cuidar que un contrato tan -

importante como el matrimonio, debería llevarse a cabo con todas las formalidades que el mismo Estado juzgara necesarias para que fuera válido y así en la ley matrimonial de 23 de julio de 1859, expedida para regular lo establecido en la ley de Nacionalización, igualmente se considera al matrimonio como un contrato que pasa a ser regulado por el Estado. Cuna de la consideración actual del matrimonio como un contrato son las leyes de Reforma, pues a partir de entonces en las posteriores legislaciones, el matrimonio seguirá siendo considerado igualmente como contrato.

Así tenemos que el artículo 130 de la Constitución que actualmente nos rige, en su tercer párrafo considera al matrimonio como un contrato, Constitución que da a los cuerpos de leyes, derivados de ella, la pauta a seguir respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio. Como remembranza de lo asentado en páginas anteriores, diremos que al crear el Constituyente de Querétaro el artículo 130 tomó en cuenta el espíritu de la Leyes de Reforma o sea el pensamiento de Juárez, Ruiz Mora, Gómez Farías, -- grandes liberales mexicanos que en el momento histórico de sus vidas, en aquellos tiempos en que la Iglesia estaba en estrecha vinculación con el Estado, en que ésta como herencia de la Colonia tenía gran intervención en la vida social, política y económica del país, tenían como derrotero la separación entre el poder civil y el eclesiástico y esto concluyó con las Leyes de Reforma; y siendo el artículo constitucional citado el que viene a destruir cualquier residuo que hubiera quedado de las Leyes de Reforma, -- respecto de que la Iglesia tenga ingerencia en asuntos civiles fa

miliares.

En resumen, tenemos que en general, son tres las causas que dieron origen al error que combatimos y son:

- El Contrato Social de Rousseau,
- La Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791 y,
- Las Leyes de Reforma.

Hechos que a su vez tuvieron origen en los factores socio-políticos que imperaban tanto en México como en Francia y que definieron así al matrimonio con el fin de desligar completamente toda ingerencia religiosa del Estado; así, Rojina Villegas a modo de disculpa dice: " Aún cuando es indudable que nuestros textos legales anteriores y desde 1917, tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y después en el Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista, sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dió carácter de sacramento al matrimonio. Por ésto, en el artículo 130 de la Constitución de 1917 se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fué únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la

regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para este acto " (19).

Finalmente señalaré, que si bien es cierto que el error que atacamos se dió por razones históricas y sociales y que fue necesario considerar al matrimonio como un contrato para evitar la intervención de la Iglesia, también no es menos cierto que los legisladores de esa época pudieron emplear otra palabra que no generara la mentalidad de hacer creer que al ser el matrimonio un contrato, sería fuente generadora de obligaciones, qué, como se verá más adelante, no lo es. Además, una vez cometido el error, los legisladores actuales, ya pasados los acontecimientos que generaron la consideración del matrimonio como contrato, debería re formar la Constitución y de ahí surgirían las modificaciones a todos los ordenamientos jurídicos que tratan al matrimonio como contrato, pues además de ser necesario el emplear el correcto vocabulario jurídico, evitaría confusiones y malas interpretaciones en la doctrina, en la familia, en los tribunales y en toda la sociedad.

C A P I T U L O V I I I

¿ QUE SURGEN DEL MATRIMONIO: DEBERES JURIDICOS U OBLIGACIONES ?

Pués bien, como ya sabemos, las fuentes generadoras de obligaciones en derecho civil mexicano son: el contrato, la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, y obligaciones que nacen de hechos ilícitos, sin encontrarse al matrimonio dentro de dichas fuentes, por lo que la respuesta a la pregunta del presente capítulo es que lógicamente del matrimonio no surgen obligaciones, y para los que señalan el surgimiento de obligaciones del mismo, basándose en que éste es un contrato, está más que demostrado en el transcurso de la presente tesis que el mismo no lo es, e independientemente de lo anterior, considero que lo que en realidad surgen del matrimonio son deberes jurídicos y no obligaciones, figuras éstas, totalmente distintas, como se puede desprender del siguiente análisis.

A). El deber jurídico encierra a la obligación. - La obligación es una especie del deber jurídico lato sensu; -- así podemos decir que toda obligación es un deber jurídico, pero no todo deber jurídico es una obligación.

Lo anterior no parte simplemente de una mera apreciación personal, sino del estudio de la realidad de dichas nociones, estando de acuerdo con el Lic. Gutiérrez y González y en consecuencia, adoptando en su totalidad, el estudio que ha-

ce del deber jurídico.

Gutiérrez y González dice que el deber jurídico - en sentido amplio es " la necesidad de observar una conducta - conforme a una norma de derecho " (20), diferenciándose del deber moral, según varios autores en que en el deber jurídico no simplemente se escoge entre el o no cumplimiento, y de aquí su complejidad, existiendo tesis que sostienen la identificación entre ambos. Por mi parte, estoy de acuerdo con las tesis que sostienen la independencia entre estos dos tipos de deberes, - siendo la más importante la de Radbruch que dice que el deber moral se diferencia del jurídico en que el primero no es exigible y el segundo sí lo es, toda vez que frente al deber jurídico, siempre habrá un pretensor.

Pués bien, como sabemos, frente al derecho de uno se halla el deber jurídico de otros; así " el deber jurídico - es entendido invariablemente como la conducta impuesta frente a quien tiene un derecho subjetivo para su protección " (21), - pero no siempre todo deber jurídico corresponde a un derecho - subjetivo, así por ejemplo, entre los múltiples deberes que -- tiene el Estado no se halla ningún sujeto de derecho determinado, por lo que partiendo de esto, Gutiérrez y González propone una clasificación del deber jurídico en sentido amplio, de --- acuerdo con la persona que debe observar la conducta conforme a la norma de Derecho, ya sea que no tenga, pueda llegar a tener o ya tenga en frente de ella, a un sujeto que pueda exigir

le el acatamiento de la conducta prescrita por la ley.

Así, en el siguiente cuadro esquemático, tenemos al deber jurídico en sentido amplio como género, y a sus respectivas especies:

DEBER JURIDICO LATO SENSU:

- 1). Deber Jurídico Stricto Sensu
- 2). Obligación Lato Sensu
 - a). Obligación Stricto Sensu
 - b). Derecho de crédito convencional o derecho personal
- 3). Indemnización que crea derechos de crédito in demnizatorios y que proviene de:
 - a). Conductas ilícitas
 - b). Objetos peligrosos.

Hemos señalado lo que se entiende por deber jurídico en sentido amplio, es procedente ahora estudiar al deber-jurídico en sentido estricto, dejando a un lado a la obligación (punto número dos del cuadro), ya que será estudiada en el inciso siguiente del presente capítulo y así mismo no se entrará al estudio de la indemnización (punto número tres del cuadro).

El Deber Jurídico Stricto Sensu es " la necesidad de observar voluntariamente una conducta, conforme a lo que prescribe una norma de derecho, ya en favor de persona indeter

minada, ya de persona determinada "(22). Del anterior concepto podemos darnos cuenta que mientras una persona cumpla voluntariamente el mandato legal, no hay sujeto que le pueda exigir algo que ya no tendría caso exigir, es decir, que se cumpla lo que se está cumpliendo, lo que se está observando, así Tra---bucchi dice que " la prescencia de una prestación de "cumplir" distingue las obligaciones de los deberes jurídicos de "observar" un determinado comportamiento "(23). Así por ejemplo, resulta ilógico que yo "obligue" a alguien a respetar mi propiedad privada -basándome en que la ley determina la necesidad -de que todo habitante del país respete la propiedad privada de los demás habitantes del mismo país (ejemplo de deber jurídico en favor de persona determinada)- si nadie ha atentado contra ella, no se puede exigir a alguien que cumpla una obligación -que no tiene, ya que en realidad todos los habitantes del país tienen el "deber jurídico" de observar determinada conducta --en este caso, respecto a la propiedad privada-, conforme a la norma de derecho y mientras la acate -es decir, mientras respete la propiedad privada de los demás-, estará cumpliendo con ese deber jurídico.

No obstante lo explicado anteriormente es frecuente oír "usted está obligado a respetar mi propiedad privada" y no es para extrañarse el uso de este vocabulario, aunque sí debe de corregirse, ya que incluso el legislador llama obligación al deber jurídico, tal y como lo podemos observar en varios artículos del Código Civil vigente para el Distrito Fede-

ral, en donde se utiliza la palabra obligación como sinónimo - de deber jurídico; pero creemos que más que equivocarse el legislador al redactar los artículos, tuvo una razón psicológica al emplear sin distinción ambos términos, pues impresiona más el leer "obligación" -ya que se cree que implica un deudor y un acreedor, que leer "deber jurídico". Sin embargo, científicamente no resulta perdonable dicha equivocación, ya que origina el que las personas creen obligación de otros lo que no lo es, originándose verdaderos conflictos, sobretodo en la materia que nos ocupa, el matrimonio; en donde es notorio el empleo vulgar de la palabra obligación, sin saber lo que en realidad significa. Lo anterior puede desprenderse claramente del Título Quinto, Capítulo III que trata " De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio ", situación que más tarde se criticará.

B). A fin de distinguir completamente al deber jurídico de la obligación, es menester hacer un análisis de lo que realmente debe entenderse por obligación.

En primer lugar, tenemos que sin distinción, se emplean como sinónimos de obligación las siguientes palabras: deber, débito, gasto, gravámen, etc., originando con lo anterior confusiones.

Aunado al empleo de distintas palabras para definir a la obligación, el Diccionario Durvan de la lengua Español

la dá varios conceptos de lo que se entiende por obligación y éstos son:

- Exigencia moral que debe regir la voluntad libre;
- Vínculo que sujeta a hacer una cosa o a abstenerse de ella;
- Documento en que se reconoce una deuda o se promete su pago u otra prestación;
- Casa donde vende el obligado el género que tiene a su cargo;
- (Civil. Der.) aquélla cuyo cumplimiento es exigible legalmente.

Visto lo anterior, no es raro que los estudiosos del Derecho aún no se pongan de acuerdo para definir a la obligación y antes de dar el concepto que por mi parte acepto de obligación, es preciso hacer un análisis de los diversos conceptos dados por la doctrina al respecto ya que en el Código Civil no se encontrará definición alguna en lo tocante, pues al tratar de las obligaciones empieza sin más ni más a tratar de los contratos, dejando a la doctrina la definición de obligación.

Pues bien, partiremos del concepto dado por los romanos, base de nuestro Derecho y simplemente lo enunciaré y traduciré sin criticarlo, ya que en los conceptos siguientes, tomados de la definición romana, será suficiente la crítica a recibir. Así tenemos que " Obligatio est juris vinculum, quo necessitate astringimur alicuyus solvendae rei, secundum nos---

trae civitatis iura ", lo que significa que la obligación es - un lazo de derecho que nos sujeta a la necesidad de pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad.

Rojina Villegas da los conceptos de derecho de -- crédito y obligación: " Derecho de crédito, es la facultad del acreedor que nace de una relación jurídica, por virtud de la - cual puede exigir el deudor una prestación o una abstención de carácter patrimonial o moral. A su vez la obligación podríamos definirla así: La obligación es una relación jurídica que impo- ne al deudor el deber de prestar al acreedor un hecho o absten- ción de carácter patrimonial o moral. Simplemente advertimos - la posibilidad de que la prestación o la abstención en el dere- cho de crédito puede ser patrimonial o moral " (24).

Crítica.- Como se puede observar, Rojina Villegas hace una mezcla de todo, confunde el derecho de crédito con la obligación aparte de que dá los conceptos como algo indepen- - diente, no sabiendo que la obligación encierra al derecho de - crédito. Independientemente de que los confunde, ni siquiera - sabe dar bien sus conceptos, pues en el derecho de crédito fa- culta al acreedor para exigir al deudor y en la obligación el- deudor debe prestar determinada conducta al acreedor, con lo - que nos damos cuenta que lo único que hizo fué invertir el or- den acreedor-deudor. Asimismo en su concepto de obligación es- tablece la necesaria existencia de un acreedor y de un deudor, olvidándose que por lo establecido en el Código Civil para el

Distrito Federal, respecto a la declaración unilateral de voluntad, puede llegar a no existir acreedor, con lo que su concepto se viene abajo. Pero lo menos perdonable de sus conceptos es el decir que la prestación puede ser patrimonial o moral, pues como sabemos -ver " El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la personalidad de Gutiérrez y González "-, el patrimonio encierra el aspecto pecuniario y moral, y no como él hace entender que el patrimonio sólo es pecuniario, tratando como un rubro aparte el aspecto moral.

El mismo Rojina Villegas en su " Teoría General de las Obligaciones " dice que la obligación establece dos situaciones jurídicas: El deber jurídico del deudor y la responsabilidad patrimonial para el caso de incumplimiento, en el deudor o en tercera persona. Lo de deber jurídico es erróneo, pues como ya vimos encierra a la obligación, aunque posiblemente lo utilice como sinónimo de otra palabra.

Por su parte Manuel Borja Soriano dice que la --- " Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir al deudor "(25). También dice que la palabra "obligación" abarca toda la relación, considerada ésta del lado activo se denomina "crédito o derecho personal" y del lado pasivo "deuda u obligación en sentido restringido".

Crítica.- Borja Soriano también comete el error - de establecer necesariamente la existencia de dos personas --- (acreedor-deudor), olvidándose de la declaración unilateral de voluntad en la que pudiera darse el caso de no llegar a existir acreedor.

Según Trabucchi, autor español, " la obligación - es un vínculo jurídico en donde existiendo un deudor aparece - necesariamente un acreedor y cuyo contenido es una prestación"

Crítica.- Como podemos observar este autor se basa en su totalidad en el concepto de obligación dado por los - romanos para desglosar su concepto; así tenemos que no contento con dar una definición de las común y erróneamente dadas al respecto, recalca que existiendo un deudor, "necesariamente" - aparece un acreedor y como sabemos, ésto no se posible, pues - en la declaración unilateral de voluntad, que es una de las -- fuentes generadoras de obligaciones en derecho positivo mexicana no, puede llegar a no existir el acreedor, tal es el caso de - que no llene los requisitos de la policitud.

Mazeaud, escritor francés dice que " la obligación --- es un vínculo de derecho de aspecto pecuniario que une a dos (o más) personas, una de las cuales, el deudor, está constreñida a una prestación a favor de la otra, el "acreedor"; o también que " la obligación es un vínculo de derecho en virtud del cual el deudor está sujeto a ejecutar una prestación. Las-

obligaciones --salvo las obligaciones naturales-- van acompañadas de medidas coactivas "(26).

Crítica.- En general son las mismas críticas hechas a los anteriores autores, pero las haré una vez más para que quede bien entendido que el concepto utilizado no funciona más. Mazeaud dice que la obligación sólo es un vínculo de aspecto "pecuniario" olvidándose del ámbito moral que también -- forma parte del patrimonio y no sólo lo pecuniario como muchos piensan. Su concepto implica la existencia de dos o más personas, olvidándose de la declaración unilateral de voluntad; --- aparte de que dice que el deudor está obligado por el acreedor, a lo que se le puede decir ¿ y si no hay acreedor ?. Por último, en el segundo concepto, hace alusión a las obligaciones naturales, rubro totalmente distinto.

Anotados los anteriores conceptos, daré el concepto que por mi parte acepto de obligación y es el que esboza el Lic. Gutiérrez y González.

La Obligación Lato Sensu, especie del deber jurídico, es " la necesidad de cumplir una prestación, de carácter patrimonial (pecuniaria y moral), en favor de un sujeto que -- eventualmente puede llegar a existir o en favor de un sujeto -- que ya existe "(27). De este concepto se pueden derivar las -- dos especies que a su vez surgen de la obligación en sentido -- amplio:

- Obligación stricto sensu, que es a lo que la ley llama una - declaración unilateral de voluntad.
- Derecho de crédito convencional o derecho personal, que es a lo que la mayoría llaman obligación, sin darse cuenta que solamente es parte de un género.

Bien, una vez analizadas las diversas posturas al respecto, podemos comparar y darnos cuenta que el concepto dado por Gutiérrez y González es correcto, por lo que le llamaremos "nuevo concepto de obligación"; y es correcto porque dentro de él sí tiene cabida la declaración unilateral de voluntad, e incluye en la prestación a todo el patrimonio.

El concepto antiguo o clásico tuvo validez en México hasta 1928 en que aparece el Código Civil vigente, ya que antes de éste no se tenía a la declaración unilateral de voluntad como fuente generadora de obligaciones, pero a partir de ese año, la definición clásica de obligación se confunde con el derecho personal o de crédito, pues en éste último siempre habrá acreedor y deudor, en cambio con la aparición de la declaración unilateral de voluntad, cambia el concepto clásico de obligación, pues en aquélla puede no llegar a existir acreedor.

Por las razones antes expuestas yo acepto el nuevo concepto de Obligación Lato Sensu, y así analizaré brevemente las dos especies que surgen del mismo y que son: Obligación

Stricto Sensu y Derecho de Crédito Convencional o Derecho de -
Crédito Personal.

La Obligación Stricto Sensu " es la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir voluntariamente -- una prestación, de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), - en favor de un sujeto que eventualmente pueda llegar a existir " (28).

La obligación stricto sensu es a lo que la ley -- llama una declaración unilateral de voluntad y se está obligado conforme a la ley, por el hecho de lanzar al espacio la policitación. Al nacer la obligación existe un obligado pero no un deudor y puede durante la vida de la obligación surgir o no acreedor, si surge, sólo en ese momento se establecerá un vínculo de derecho con otro sujeto.

Pasaremos ahora al derecho personal o derecho de crédito convencional que los diversos autores confunden con el concepto de obligación. Así podemos decir que se entiende por éste " la necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligado-deudor, de cumplir a favor de otra persona denominada acreedor, que le puede exigir, una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral) " (29). Este concepto abarca las diversas fuentes generadoras de obligaciones que enuncia el Código Civil, menos a la declaración unilateral de voluntad, por lo que no podría decirse que el concepto antiguo de obligación

dado por diversos autores, y al que confunden con el derecho de crédito, tenga validez, ya que un concepto debe abarcar todos los aspectos del tema.

C). Pues bien, hemos estudiado la concepción que se tiene del deber jurídico y de la obligación, réstanos solamente decir que aún cuando es notoria la diferencia, el legislador la emplea sin distinción, sin recordar que la Teoría General de la Obligación es algo preciso y que dentro de ella se debe desechar todo aquello que no sea obligación, pues todo lo que se aplica a ella no se puede aplicar al deber jurídico, ya que la primera es una noción exacta, con elementos precisos para su nacimiento.

Por otra parte, en cuanto al deber jurídico, tenemos que los mismos se encuentran contemplados dentro del campo de los derechos de la personalidad -en México no reglamentados-, mismos que se ejercen sin molestar a nadie. Es así que tengo el deber jurídico de respetar a mi prójimo, de educar a mis hijos, de tener relaciones sexuales con mi cónyuge; pero nunca tendré la obligación de ello, pues dichos deberes se encuentran regulados en un campo que no admite coacción a la manera de las obligaciones, y ésto es, dentro del Derecho Natural. Ahora bien, en cuanto a las obligaciones, me las pueden exigir coactivamente y están perfectamente ubicadas en cuanto al sujeto acreedor.

Otra distinción la encontramos en el hecho de que el deber jurídico no es transmisible, como sucede con la obligación y en fin, que al deber jurídico no se le puede aplicar el régimen de las obligaciones y las sanciones para su incumplimiento, pues se ubican en dos campos totalmente distintos, revistiendo además intereses opuestos, pues en las obligaciones es esencialmente pecuniario el interés, mientras que en los deberes jurídicos, se va más allá buscándose más que nada un aspecto moral que, como ya dije, viene con el Derecho Natural.

D). Hemos llegado al punto que nos permite reafirmar lo acaecido al principio de este capítulo, en el sentido de afirmar que en el matrimonio no surgen obligaciones, sino deberes jurídicos, situación que no solamente nace del presente capítulo, sino de todo el desarrollo de la presente tesis.

En efecto, a continuación enunciaremos las razones que nos permiten puntualizar que en el matrimonio no surgen obligaciones:

En primer lugar, el matrimonio no es un contrato y al no ser un contrato, no puede ser fuente generadora de obligaciones como tal. Por otra parte, independientemente de no ser un contrato, no se ubica como una fuente de obligaciones independiente en Derecho Positivo Mexicano, ya que insistimos, las fuentes generadoras de obligaciones únicamente son --

las cinco que enuncia el Código Civil Mexicano y dentro de las cuales no ubica al matrimonio.

Por otra parte, cuando una obligación se incumple, la misma puede exigirse coactivamente y yo me pregunto, ¿ acaso me pueden obligar a cumplir con los fines del matrimonio ?, pues no, ya que por ejemplo, la ayuda mutua, se da porque se quiere, porque es mi deber jurídico, más nadie me puede obligar a socorrer y aún más ilógico resultaría que me obligasen a tener relaciones sexuales para perpetuar la especie; o acaso, si fueran obligaciones, ¿ las podría transmitir ?, para que -- otra persona en mi lugar llevase a cabo los fines del matrimonio; pues lógicamente, la respuesta es que no y lo es porque -- la materia matrimonial reviste fines mucho más elevados que -- los simplemente económicos que nacen de las obligaciones, razón por la cual el legislador actual debería corregir el empleo tan erróneo que hace de la palabra obligación a lo largo de todo el rubro matrimonial, debiendo señalar que lo que en -- realidad surge de esta institución son deberes jurídicos, pues ni jurídica ni desde ningún punto de vista se puede decir que surjan obligaciones del matrimonio.

Finalmente diremos que los deberes jurídicos del Derecho Matrimonial son ante todo de naturaleza personalísima y quererlas ver con una lente contractual resulta en ocasiones grotesco y para ilustrar lo anterior, demos un ejemplo. Supóngase, adaptándonos a la terminología adecuada a los contratos --

(fuente generadora de obligaciones), que por el matrimonio nace una obligación conjuntiva de dar, hacer y no hacer, pues -- que de las tres se podrá decir hay en el estado matrimonial. -- Siendo que el efecto de las obligaciones nacidas de contrato -- es en general la exigibilidad de ellas, veamos que acontece al sobrevenir el incumplimiento. Desde luego las obligaciones de hacer y de no hacer serían fundamentales en el caso del matrimonio. Dentro de los contratos, para la primera existe el derecho de exigir en la medida de lo posible la ejecución forzada y en su defecto, la prestación por un tercero con cargo al deudor, o la indemnización compensatoria y si hubo retardo, acumulada con los daños y perjuicios de la mora. Para la segunda, -- se destruirá el hecho que constituyó el incumplimiento, y si -- hubo daños y perjuicios por ello, se satisfarán justamente. -- Bien, tratemos de aplicar ésto al incumplimiento de los deberes matrimoniales, y ver si fueran obligaciones, lo que sucedería. Tomemos solamente el caso de la obligación de no hacer. -- Por el matrimonio nace el deber de la fidelidad conyugal, que se traduce en una obligación, diríamos, de no hacer. ¿ Qué --- acontece si uno de los cónyuges viola esa fidelidad ? El hecho constitutivo del incumplimiento es imposible de destruirse y -- ataca en lo más íntimo de la afectividad al cónyuge ofendido, -- de tal suerte que la indemnización, como en caso alguno, no podrá compensar el daño causado. Por encima de la aplicación de esas reglas para el incumplimiento que en los contratos es posible, respecto al matrimonio el Derecho asume una actitud distinta que aparece nuevamente reveladora de esto que venimos --

sosteniendo. Si un cónyuge falta a la fidelidad, es decir, a la abstención que hemos llamado obligación de no hacer, podrá caer en un delito expresamente establecido para el caso, que será típicamente el de adulterio, o el de bigamia si contrajo nuevo matrimonio. Désenos un contrato que genere especialmente dos delitos, dos figuras dentro del Derecho Penal, de tal manera que como en el matrimonio, se produzca la sanción delictuosa en vez de la civil puramente.

Como el anterior, infinidad de ejemplos existen para demostrar que en el matrimonio no surgen obligaciones sino deberes jurídicos, mismos que requieren una más amplia regulación, punto que se tratará posteriormente a la crítica que recibirá el capitulado que dentro del Código Civil habla " De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio " .

C A P I T U L O IX

ANALISIS DE LOS DERECHOS Y DEBERES RECIPROCOS DE LOS ESPOSOS

Habiendo llegado a la conclusión de que en el matrimonio surgen deberes jurídicos, es menester hacer un análisis de los mismos, utilizando correctamente los términos jurídicos.

A). Podemos decir que los efectos personales del matrimonio de alcance recíproco están constituidos por un complejo de deberes y facultades situados en la persona de cada uno de los cónyuges, desprendiéndose, por así decirlo, inmediatamente de la naturaleza y esencia íntima de la institución. -- Son lazos de unión instalados en la misma pareja sin trascendencia exterior, y no se conciben sin el matrimonio ni tienen otro alcance que dar realidad a los designios fundamentales -- del mismo.

Se trata, pues, de deberes generalmente positivos (cuyo incumplimiento determina situaciones de omisión) nacidos de la esencia íntima del matrimonio y que miran al otro cónyuge como polo normal de referencia. En la doctrina extranjera, algunos tratadistas hacen una enumeración amplia de los mismos, toda vez que como ya se dijo, caen en los derechos de la personalidad, en México, no reglamentados, y así comprenden los clásicos deberes de cohabitación, fidelidad y mutuo auxilio, y algunos otros, como el deber de cuidar al cónyuge enfermo, de so

portar los inconvenientes de la enfermedad, de obtener un decoroso comportamiento, de conllevar la situación ruinososa del --- otro, etc; pero, en realidad, algunos de estos deberes entran dentro del campo de la ética (y del Derecho Natural) y de los usos sociales o pueden subsumirse dentro de la tripartición -- clásica de los mismos, que posteriormente a estudiar las características de estos deberes, se analizarán.

Estos deberes jurídicos personales nacidos del matrimonio tienen las siguientes características:

a). Son, como acabamos de decir, por regla general, deberes de carácter positivo, o sea que cada cónyuge debe realizar una acción determinando su incumplimiento una situación antijurídica de omisión.

b). Son de carácter recíproco, es decir, afectantes a cada uno de los cónyuges, y sólo a ellos. Los terceros sólo tienen un deber general de respeto de las situaciones creadas sin que -- puedan intervenir para ayudarlas o empeorarlas. El que retiene a un cónyuge -aunque sea su padre- para obligarle a no hacer vida en común con el otro, realiza un acto ilícito sancionado por la ley. El tercero, culpable personal y directo en la infidelidad, cae por su conducta bajo la acción de los preceptos - legales. No ha alcanzado, sin embargo, el Derecho una perfección en el tratamiento jurídico de la conducta del tercero contraria a un vínculo matrimonial establecido, posiblemente como

secuela histórica de la consideración del matrimonio como contrato.

c). Tiene fundamentalmente un marcado carácter ético, dado que en principio se confía al sentimiento y a la conciencia íntima el cumplimiento de esos deberes. Por ello las normas reguladoras de estas relaciones, aún siendo efectivamente jurídicas, - acusan su débil origen en lo ténue de las sanciones que con -- frecuencia son patrimoniales en la mayoría de los Derechos, ca si siempre indirectas y generalmente poco eficaces.

Procede ahora, estudiar cada uno de los deberes - recíprocos, así como su cumplimiento:

A). El deber de convivencia.- La inmediata y primaria consecuencia que se deriva del matrimonio está constituida por el - deber de cohabitación, que afecta tanto al marido como a la mujer. Este deber de cohabitación, o vida en común, se expresa - en el artículo 163 de nuestro Código, al decir que " los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal ". Pero, en realidad, con esta frase el legislador ha querido decir más de lo - que en realidad ha dicho; pues efectivamente el deber de convivencia supone otros aspectos:

a). El deber de vivir juntos los cónyuges, es decir, en el mismo hogar, en la misma casa. Este deber afecta a los dos esposos, o sea que el marido

debe estar y recibir a su esposa en el domicilio, y a su vez la mujer debe vivir junto a su marido. No puede, pues, ningún cónyuge lanzar al otro de su domicilio, ni puede quejarse de allanamiento - de morada, por la pretensión -aunque sea violenta- de uno al querer entrar en el domicilio. En fin, el deber de vivir juntos es el de estar juntos, y no puede ser dispensado sino por causa de depósito o separación legal.

b). El deber de prestarse el débito conyugal.- Algunos autores, como Planiol, entienden que el deber de cohabitación, no se refiere solamente a la comunidad de techo, sino que, de acuerdo con la - esencia íntima del matrimonio, supone el deber de cumplir cada cónyuge respecto del otro el débito conyugal. En nuestro derecho, este deber no lo -- menciona expresamente el Código; pero en realidad, debe entenderse que en las palabras de la ley --- existe insito el pensamiento del legislador res-- pecto del mismo, tal y como puede desprenderse -- del artículo 147 del Código Civil que contiene -- los fines del matrimonio y en lo tocante específi camente: la perpetuación de la especie.

C). El deber de atemperamiento de los caracteres- y evitar situaciones de vida imposible.- Convivir

no es sólo vivir bajo el mismo techo con una mera apariencia exterior de convivencia. Esta supone algo más: requiere y exige un comportamiento de convivencia, es decir, desarrollar una conducta de atemperamiento de caracteres y evitar situaciones de vida imposible.

B). Deber de fidelidad.- Otro deber fundamental que se deriva del matrimonio es el de guardarse los cónyuges fidelidad el uno al otro. Esta palabra fidelidad supone la exclusión de cualquier interferencia de amor extraño entre los esposos, de tal forma que cualquier desviación del amor conyugal, por in-significante que fuese, supondría un atentado contra la misma. Los legisladores, sin embargo, toman razón sólo de los aspectos más graves de la misma, y la concentran a los actos de posesión sexual con cualquier persona ajena y a aquellos otros que la preparen o presupongan.

El fundamento de este deber es bien patente. Como dice Ruggiero, la comunión espiritual que debe presidir en todo matrimonio no puede ser plena si no va acompañada de una perfecta, mutua y exclusiva entrega de los cuerpos; toda relación sexual extraña contamina el tálamo y atenta contra ese deber. Como ya dijo Gutiérrez, autor español, " la especie de oprobio que acompaña a un hijo adulterino es una protesta viva contra la violación de la fe conyugal ". Aunado a lo anterior, también otras razones aconsejan la punibilidad del adulterio;-

recordamos a este respecto la necesidad de mantener icólume el funcionamiento de las reglas legales sobre la presunción de paternidad.

C). Deber de socorro.- Junto al deber de cohabitación y a la imperiosa necesidad de guardar fidelidad recíproca, completa la tripartición clásica de los deberes matrimoniales, el llamado deber de socorro. Empleamos esta palabra "socorro" porque es la que utilizan nuestros legisladores en su artículo 162 -- cuando dicen que " los cónyuges están "obligados" a socorrerse mutuamente "; pero en la doctrina extranjera --y aún en la patria-- los autores prefieren emplear otro tecnicismo más amplio que ensanche, por así decirlo, todo ese comportamiento -- que deriva de la esencia misma del lazo matrimonial; así, hablan de los deberes de mutuo auxilio o de recíproca asistencia, de alcance más generoso. Efectivamente, si el matrimonio viene a completar la limitación de la persona humana haciendo que cada cónyuge en su esfera de acción contribuya a la realización de los altos fines de la familia, dicho se está que cada uno debe observar, por tanto, respecto del otro, una amplia conducta de satisfacción, por cuya virtud encuentre el necesitado de ayuda, el necesario complemento. Es así que este deber abarca, pues, todo lo que pudiéramos llamar el lado negativo de la vida: miseria, desgracias, enfermedades, etc; en las que los cónyuges no deben dejarse desamparados. Este curioso catálogo de conductas a realizar pertenece, cuando se trata de extraños, - al terreno de la moral y la religión; en cambio, tratándose de

cónyuges se transforma en una enumeración de deberes jurídicos. Sin embargo, la descripción del legislador no ha tenido hasta ahora más valor que el de una enumeración pragmática de lo que debe ser una correcta y plena vida matrimonial, pues el incumplimiento de los mismos no ha tenido entrada en el terreno de la punibilidad, ya que dichos deberes, más que nada, vienen -- con nosotros mismos, con el Derecho Natural. Solamente el deber de alimentos ha figurado históricamente en la lista de los verdaderos deberes jurídicos; y este mismo criterio ha seguido nuestro Código Civil. Modernamente la creación del delito de abandono, con su figura especial de incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes al estado matrimonial, puede preparar soluciones justas a este respecto.

Concretándonos, pues, al deber alimenticio surgido del estado matrimonial, diremos que los cónyuges deben recíprocamente proveerse de lo necesario para la vida. En realidad, este deber, aunque derive inmediatamente del matrimonio, pertenece a la amplia doctrina de los alimentos entre parientes; pero existen, sin embargo, determinadas especialidades dentro de la misma que constituyen una a modo de desviación de los principios generales que gobiernan esta institución.

A tal respecto, estudiemos las características -- singulares de este deber alimenticio matrimonial:

a). Examen de la reciprocidad.- En pura teoría, el deber ali--

menticio entre los esposos es recíproco, no marcándose, por tanto, preferencia alguna a este respecto, tal y como puede desprenderse del Código Civil. Sin embargo, dada la especial configuración del matrimonio, en el que la titularidad doméstica la tiene el marido, resulta que la hipótesis normal en el deber alimenticio comprende en primer lugar a él, como derivado de su posición rectora en la familia, aunque también existen excepciones.

b). Contenido de la prestación alimenticia.- Rigen en esta cuestión los principios generales consignados en el artículo 308, o sea que los alimentos deberán comprender todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica; y, respecto a los menores, también lo necesario para su educación.

Pués bien, los anteriores son los considerados clásicamente como deberes jurídicos matrimoniales; y analizados éstos, es procedente asimismo ver que sucede cuando se incumplen los mismos:

A). Incumplimiento del deber de convivencia.- Estudiemos la derivación tripartita del mismo, que examinamos al estudiar el cumplimiento del mismo:

a). Incumplimiento del deber de vida en común.- Si uno, cualquiera de los cónyuges incumple el de

ber de convivencia se van a producir las consecuencias siguientes: Puede el marido negar la pensión alimenticia a la mujer separada de hecho por su voluntad, sin que haya existido causa justificada para ello. Puede la mujer, si es el marido - el que abandona el domicilio sin causa legítima - que lo justifique, reclamar alimentos de éste e inclusive puede proceder contra éste por el delito de abandono de familia; en principio (aunque - el supuesto es más excepcional) si es la mujer la que sin causa ha abandonado el domicilio, también se puede proceder contra ella por semejante infracción. En la jurisprudencia extranjera, sobretudo la francesa, se puede condenar al cónyuge -- que suspendió unilateralmente la vida en común a pagar indemnización de daños y perjuicios y también a la condena de astreintes, especie de multa diaria de carácter coercitivo que ha de ser pagada hasta tanto se integre el cónyuge al domicilio común.

b). Incumplimiento del débito conyugal.- ¿ Qué sucederá si uno de los cónyuges se niega a prestar al otro el débito conyugal ? La generalidad de -- los autores entienden que esta cuestión debe quedar situada en un terreno extraño a la versión jurídica y expuesto solamente a censura de tipo re-

ligioso, moral o social. Pero en los últimos tiempos algunas jurisprudencias se han inclinado a admitir en tales supuestos la realidad de una verdadera injuria para el cónyuge ofendido, que daría causa al divorcio. En otros derechos menos escrupulosos se ha llegado a sostener la posibilidad de que el cónyuge desairado pueda pedir al otro una indemnización de daños y perjuicios por el dolor moral que esta actitud le produce. En nuestra legislación, el deber del débito conyugal no ha tenido nunca una sanción de tipo directo contra el esposo causante del incumplimiento, y sólo se ha tolerado en la práctica la realidad de una separación de hecho, o, si acaso, la posibilidad de hacer que se cumpla con ese deber a través de procedimientos indirectos, más no jurídicos.

c). Incumplimiento del deber de atemperamiento y evitar situaciones de vida imposible.- Si incumpliendo este deber uno de los cónyuges, por su conducta encaminada a hacer imposible la vida matrimonial, por su actitud insolente, ironía continuada, desprecio social, malos modos reiterados, etc., hace imposible la vida de matrimonio, tendría el otro la posibilidad de provocar una separación, con las consecuencias obvias de recibir alimentos; e inclusive, si esta situación es ex-

trema, se puede llegar al divorcio.

B). Incumplimiento del deber de fidelidad.- Vayamos ahora a las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento por parte de alguno de los esposos del mutuo deber de fidelidad. La primera y más grave consecuencia que se produce con el quebrantamiento del deber de fidelidad es la comisión por el cónyuge culpable, del delito de adulterio, que puede llegar a consolidar una causal de divorcio. Asimismo puede dar lugar el incumplimiento de este deber, al delito de bigamia; delitos ambos, sancionados por la ley correspondiente.

C). Incumplimiento del deber de socorro; especialmente, del deber de dar alimentos.- ¿ Qué sucederá cuando el que debe dar alimentos se niegue a ello ? Se concreta la pretensión del alimentista a demandar solicitando la pensión, y en caso de negarse a ello quien tiene que darla, se puede proceder inclusive a embargar los sueldos del deudor a la pretensión alimentaria.

Hemos concluido el análisis de los derechos y deberes recíprocos de los esposos, y en cuanto a su incumplimiento, vemos que tan se trata de deberes y no de obligaciones, -- que existen en la ley estipuladas consecuencias y sanciones para su incumplimiento, más no existe forma alguna de que en estricto sentido el deber se cumpla, no hay coerción para que los realice; es decir, para que yo conviva, respete, ayude, --

sea fiel, y mucho menos coerción habrá para que se preste el -
débito conyugal, con lo que una vez más es notorio el no surgi-
miento de obligaciones del matrimonio, por lo que el Código Ci-
vil vigente, en su capítulo correspondiente, que va de los ar-
tículos 162 a 177 erroneamente habla de obligaciones en el ma-
trimonio, situación ésta que se criticará en el inciso siguien-
te.

B). Aún cuando suene repetitivo, concluimos que -
el matrimonio no es un contrato y mucho menos fuente genera-
ra de obligaciones. De lo anterior, lógicamente podemos des-
prender que el rubro que señala en el Código Civil " De los de-
rechos y obligaciones que nacen del matrimonio ", está mal, de-
biendo de decir " De los derechos y deberes que nacen del ma-
trimonio ", ya que lo que en realidad surge del matrimonio es-
una gran gama de derechos naturales y por lo tanto de deberes-
jurídicos, que corresponden al Derecho Natural y que no se pue-
den hacer cumplir a la fuerza al no caer en el campo patrimo-
nial de las obligaciones.

Lo que creo y en lo cual estoy de acuerdo con el-
Lic. Gutiérrez y González es que el legislador quiso darle tal
protección a las personas que forman y que nacen de la unión -
matrimonial que se le pasó la mano, pues impresiona más leer -
obligación, que deber jurídico, y atendiendo a la idiosincra-
cia del pueblo mexicano es entendible más no disculpable el em-
pleo tan desastroso que el legislador hizo del vocabulario ju-

rídico al emplear como sinónimas estas palabras, siendo momento que se corrija.

Así, lo único que puede surgir del matrimonio son deberes jurídicos: de dar alimentos, de ayudar, de tener relaciones sexuales, de convivir, etc. Concluido lo anterior son criticables los artículos 162 a 177 del Código Civil vigente.

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

Crítica.- En primer lugar la ley jamás menciona cuales son los fines del matrimonio y sólo los desprendemos de la interpretación a contrario sensu del artículo 147 del mismo Código, para concluir que los fines del matrimonio son la perpetuación de la especie y la ayuda mutua; de tal manera que no puede existir obligación para los cónyuges de perpetuar la especie o de ayudarse, sino que lo que en realidad tienen son deberes jurídicos que al venir con ellos, por el Derecho Natural, los cumplen.

Artículo 163.- Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal.....Los tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se-

establezca en lugar insalubre o indecoroso.

Crítica.- El anterior precepto en su primera parte estaba bien, a no ser porque la segunda parte al referirse a ella, hace necesariamente pensar que se habla de una obligación de vivir -- juntos en el domicilio conyugal y no de un deber como debería decirse, situación que nos lleva a insistir sobre la existencia de deberes jurídicos en el matrimonio y no de obligaciones.

Artículo 164.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece.....A lo anterior no está --- obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y ca reciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

Artículo 165.- Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia.....

Crítica.- Idéntica crítica se hace en estos artículos al empleo incorrecto de la palabra obligación, pues acaso no por na

turalaleza los padres alimentarán a sus hijos aún cuando el Código en artículos subsecuentes se atreva a decir cuando termina la mal denominada obligación de dar alimentos, pues ¿ acaso no los padres siguen velando por sus hijos aún estando casados ?- pues claro que sí, y es que no se puede negar el surgimiento de deberes del matrimonio y no de obligaciones. Igualmente el cónyuge que por las circunstancias queda sólo para sostener el hogar, lo hace porque quiere y no porque esté obligado, ya que hay lazos más fuertes en esta institución que los simplemente patrimoniales de las obligaciones.

Artículo 168.- El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente.

Crítica.- Este artículo es un reflejo del cuarto constitucional, que consagra la igualdad jurídica entre hombre y mujer, señalando que en caso de desacuerdo resolverá el juez de lo familiar sobre lo consignado en el mismo, sin embargo, no creo que me pueda obligar a actuar de tal o cual manera para manejar mi hogar, ya que inclusive sería violatorio de mis garantías individuales.

Artículo 169.- Los cónyuges podrán desempeñar ---

cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o de la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el juez de lo familiar resolverá sobre la oposición.

Crítica.- Considero que si no se contemplase este precepto dentro de un capítulo que desde un principio está mal denominado, podría tal vez considerarse correcto, ya que esencialmente --- trae el principio de " actuar como buen padre de familia " , lo cual es bueno para la institución matrimonial; ahora que, si me obligaran a dejar una actividad, me limitarían mi libertad de trabajo consagrada en el artículo quinto constitucional, y aún así puede no dejarse la susodicha actividad, quedando en que sólo se acata lo mandado, no por ser obligación, sino un deber jurídico que viene con el Derecho Natural.

Los artículos 172 a 177 en realidad no deberían incluirse dentro del presente capítulo del Código Civil, ya -- que más bien tratan del régimen patrimonial, forma de contratar entre cónyuges y en fin , de otro rubro que no tiene nada que ver con los derechos y deberes que nacen del matrimonio.

Fácil es la tarea de criticar, pero inútil sería, si no se propusiesen mejoras para subsanar errores cometidos por cuestiones históricas; razón por la cual en el siguiente inciso se encuentran algunas proposiciones.

C). Hemos criticado el rubro que trata de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, concluyendo -- que en lugar de "obligaciones" debería de decir "deberes jurídicos" y al igual en cada uno de los artículos de dicho rubro.

Pués bien, en el rubro tratado, existen 16 artículos que pretenden reunir las supuestas "obligaciones" que surgen de tan importante institución; situación que es totalmente falta de una visión real de la complejidad y naturaleza del matrimonio. Aunado a lo anterior, ni siquiera se utilizan totalmente los 16 artículos para enunciar supuestas "obligaciones", sino que 4 de ellos están derogados y 6 tratan en realidad de aspectos patrimoniales, de bienes y de forma de contratar de los cónyuges; quedando tan sólo "6" artículos para enunciar -- las "obligaciones" que nacen del matrimonio y que según el Código, se reducen a:

- La "obligación" (deber jurídico) de los cónyuges de contribuir a los fines del matrimonio.
- La "obligación" (deber jurídico) de los cónyuges de socorrer se mutuamente.
- La "obligación" (deber jurídico) de los cónyuges de vivir -- juntos en el domicilio conyugal.
- La "obligación" (deber jurídico) de los cónyuges de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de los últimos.

- La "obligación" (deber jurídico) de los cónyuges de resolver de común acuerdo lo referente al manejo del hogar.
- La "obligación" (deber jurídico) de los cónyuges de desempeñar una actividad que no dañe la moral de la familia.

Pienso que 6 artículos que contienen a su vez 6 - mal denominadas "obligaciones" que surgen del matrimonio son - insuficientes para crear buenos padres de familia; por lo que propongo que en primer lugar el legislador emplee el correcto vocabulario jurídico y denomine deberes jurídicos a los que -- surgen del matrimonio y en segundo lugar, considero de vital - importancia que para dar una mayor protección a la estructura familiar, debería aumentar en la legislación, los deberes jurídicos en el matrimonio, a fin de que el pueblo mexicano fuera - tomando conciencia de la necesidad de ser mejores padres de familia, sin tener necesidad de oír " es tu obligación " en una institución que en realidad nace del Derecho Natural y que no tiene cabida en otros rubros del Derecho.

Al ver la insuficiencia en la legislación de debe res matrimoniales, se propone, que entre muchos otros, se anejen los siguientes:

- El deber jurídico de convivir con los hijos
- El deber jurídico de darles una herencia cultural a los hijos
- El deber jurídico de no darles dolores de cabeza a la familia.

- El deber jurídico de ser unos padres sanos mentalmente
- El deber jurídico de fidelidad
- El deber jurídico de cuidar al cónyuge enfermo
- El deber jurídico de obtener un decoroso comportamiento
- El deber jurídico de conllevar la situación ruinososa del otro
- El deber jurídico de respetar la intimidad del otro cónyuge---
ge.....etc.

Al nacer los deberes jurídicos del Derecho Natural, son infinidad de ellos los que se enunciarían por lo que basta señalar algunos, que nos hagan comprender la real naturaleza del matrimonio, recordando siempre el principio de Derecho que reza " mi derecho está limitado por el derecho de los demás ", lo cual quiere decir que los demás tienen el derecho de vivir en paz y yo tengo el deber jurídico de respetarlos, - pudiendo hacer lo que se quiera, pero sin afectar a los demás.

C A P I T U L O X
CONCLUSIONES Y PROPOSICIONES

Pués bien, hemos analizado en la presente tesis - tanto a la figura contractual como a la matrimonial; lo cual - nos permite concluir que:

El matrimonio y el contrato son actos totalmente- distintos y por lo tanto en nuestra Carta Magna se debería re- formar el artículo 130 constitucional que considera al matrimo- nio como un contrato, pues es menester emplear correctamente - el vocabulario jurídico, tanto por cuestiones de técnica jurí- dica, como por razones sociales; aunado a que, con lo anterior, nuestro Código Civil no seguirá incurriendo a todo lo largo -- del mismo, en el error de considerar al matrimonio como un con- trato.

Es cierto, es tiempo de que se corrijan errores - cometidos por aspectos históricos y hacer conciencia de la ne- cesidad dentro de todos los órdenes sociales, sobretudo en el- ámbito jurídico, de la necesidad de vislumbrar al matrimonio - como lo que realmente es, una institución como todas las del - Derecho, pero cuya naturaleza jurídica es la de ser: el único- acto jurídico solemne en México; solemnidad que es esencial en este acto y advirtiéndose en él mismo, la solemnidad máxima -- del Derecho mexicano,

Considerado en sí al matrimonio como un acto jurídico solemne y no como un contrato; igualmente se llega a la conclusión que del mismo no surgen obligaciones, sino deberes jurídicos, mismos que vienen con el Derecho Natural.

En resumen, y dadas las conclusiones apuntadas, propongo se reforme el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los diversos ordenamientos jurídicos que tratan al matrimonio como un contrato, para así considerarlo como un acto jurídico solemne, siendo consecuencia de lo anterior que igualmente se legislen mayores deberes jurídicos matrimoniales dentro del mismo, ya que es insuficiente la protección que la ley pretende dar al matrimonio, con tan sólo seis mal denominadas obligaciones matrimoniales; pues como ya se vió, la obligación es un concepto y figura que no tiene cabida dentro del acto matrimonial.

Por lo anterior, es necesaria la implantación de deberes jurídicos en el matrimonio, que originen buenos padres de familia y una mejor convivencia entre los cónyuges, claro está, partiendo de una mejor educación entre la población mexicana.

Finalmente, recordemos que ya es tiempo de que los legisladores vayan de acuerdo con los cambios sociales y protejan realmente a todo lo que nace del acto matrimonial, por ello, " las leyes deben reformarse de acuerdo con el pro--

gresivo desenvolvimiento de la sociedad, puesto que su misión es regular las relaciones de los miembros de la sociedad entre sí y con respecto a ella. De otra suerte, la legislación se -- convierte en obstáculo para el progreso, en pesado fardo que -- agobia al individuo y entorpece su marcha ascendente. Es necesario pues, modificar, profundamente, las leyes realtivas al - matrimonio, de acuerdo con la evolución social " .

C I T A S B I B L I O G R A F I C A S
* * * * * * * * * * * * * * * * * * * *

- (1) Duguit León. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. - Treintava edición. Editorial de Boccard.1, Rue de Médi--- cis,1. Paris, 1927. Página 222.
- (2) Código Civil Mexicano de 1870 y 1884, formado de orden -- del Supremo Gobierno. Ediciones oficiales. Imprenta de Vi cente G. Torres. San Juan de Letrán Número 3.
- (3) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. -- Edición de la Secretaría de Gobernación. Talleres Gráfi- cos de la Nación. México, 1985. Artículo 130. Página 140.
- (4) Ley de Relaciones Familiares de 1917. Ediciones oficiales
- (5) Código Civil para el Distrito Federal. Quincuagésima edi- ción. Editorial Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15. México 1982. Artículo 1792. Página 325.
- (6) Ob. Cit. Num(5). Artículo 1793. Página 325.
- (7) Ob. Cit. Num(5). Artículo 2244. Página 392.
- (8) Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Quinta Edición. Editorial Cajica, S.A. Calle 19 Sur # --- 2501. Puebla, Pue, México, 1980. Segunda Parte. Capítulo- IV. Apartado 178. Página 209.
- (9) Ob. Cit. Num(5). Artículo 1803. Página 327.
- (10) Ob. Cit. Num(8). Segunda Parte. Capítulo IV. Apartado 188. Página 214.
- (11) Ob. Cit. Num(5). Artículo 1805. Página 327.
- (12) Ob. Cit. Num(5). Artículo 1804. Página 327.
- (13) Ob. Cit. Num(5). Artículo 1795. Página 325.
- (14) Ob. Cit. Num(5). Artículo 1825. Página 330.
- (15) Ob. Cit. Num(5). Artículo 749. Página 179.
- (16) Ob. Cit. Num(5). Artículo 245. Página 89.
- (17) Ob. Cit. Num(5). Artículo 156. Páginas 73-74.
- (18) Ob. Cit. Num(5). Artículo 235. Página 87.

- (19) Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo segundo. Volúmen I. Editorial Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15. México 1949. Páginas 345-346.
- (20) Ob. Cit. Num(8). Primera Parte. Capítulo I. Apartado 5. - Páginas 24-25.
- (21) Terán Juan Manuel. Filosofía del Derecho. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15. México, D.F., 1977. Página 119.
- (22) Ob. Cit. Num(8). Primera Parte. Capítulo I. Apartado 5. - Página 25.
- (23) Trabucchi Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo - II. Traducción de la Decimoquinta edición italiana, con - notas y concordancias al Derecho Español, por Luis Martínez- Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967. Página 5.
- (24) Rojina Villegas Rafael. Teoría del Supuesto Jurídico y de la Nulidad en el Derecho Mexicano. Hechos y Actos Jurídicos. Ediciones Encuadernables El Nacional. México, 1943. --- Página 72.
- (25) Borja Soriano Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Tomo primero. Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A. Av. - República Argentina, 15. México 1966. Página 81.
- (26) Mazeaud Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. - Obligaciones. El Contrato. La Promesa Unilateral. Parte - Segunda. Volúmen I. Traducción de Luis Alcalá Zamora y -- Castillo. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. Bolívar 260. Buenos Aires, 1969. Página 1.
- (27) Ob. Cit. Num(8). Primera Parte. Capítulo I. Apartado 8. - Página 28.
- (28) Ob. Cit. Num(8). Primera Parte. Capítulo I. Apartado 9. - Página 29.
- (29) Ob. Cit. Num(8). Primera Parte. Capítulo I. Apartado 10.- Página 30.

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

- 1.- BORJA SORIANO MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. Tomo Primero. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. Av.- República Argentina,15, México 1966.
- 2.- CLEMENTE DE DIEGO FELIPE DR. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Contratos. Derecho de Familia. Artes Gráficas, Madrid, 1959.
- 3.- DE IBARROLA ANTONIO. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. Av. República Argentina,15. México 1978.
- 4.- DUGUIT LEON. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. -- Treintava Edición. Editorial de Bocard. 1, Rue de Médi-- cis,1. Paris, 1927.
- 5.- GALINDO GARFIAS IGNACIO. Derecho Civil. Primer Curso. Edi-- torial Porrúa, S.A. Av. República Argentina,15. México -- 1973.
- 6.- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO. Derecho de las Obligaciones. Quinta Edición. Editorial Cajica, S.A. Calle 19 Sur # --- 2501. Puebla,Pue, México, 1980.
- 7.- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, El Patrimonio Pecuniario y - Moral o Derechos de la Personalidad. Segunda Edición. Edi-- torial Cajica,S.A. Calle 19 Sur # 2501. Puebla,Pue, Méxi-- co, 1980.
- 8.- MAZEAUD HENRI, LEON Y JEAN. Lecciones de Derecho Civil. - Obligaciones. El Contrato. La Promesa Unilateral. Parte-- Segunda. Volúmen I. Traducción de Luis Alcalá Zamora y -- Castillo. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Ai-- res. Bolívar 260. Buenos Aires, 1969.
- 9.- PLANIOL MARCEL, CON LA COLABORACION DE GEORGES RIPERT. -- Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción. Fami-- lia. Matrimonio. Traducción de la Doceava Edición France-- sa por el Lic. José M. Cajica Jr. S.A. 14 Oriente # 3007. Apartado 336. Puebla,Pue, México.
- 10.- PIUG PEÑA FEDERICO. Tratado de Derecho Civil Español. To-- mo II. Volúmen I. Derecho de Familia. Teoría General del-- Matrimonio.
- 11.- RIPERT GEORGES Y BOULANGER JEAN. Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol. Tomo IX. Regímenes Matrimo-- niales. Traducción de la Doctora Delia García Daireaux. - Ediciones La Ley. Buenos Aires, Argentina.

- 12.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Tomo Segundo. Volúmen I. Editorial Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15. México, 1949.
- 13.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Teoría del Supuesto Jurídico y de la Nulidad en el Derecho Mexicano. Hechos y Actos Jurídicos. Ediciones Encuadernables El Nacional. México, 1943.
- 14.- TERAN JUAN MANUEL. Filosofía del Derecho. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15. México, D.F. 1977.
- 15.- TRABUCCHI ALBERTO. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I Traducción de la Decimoquinta Edición Italiana, con notas y concordancias al Derecho Español por Luis Martínez-Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, --- 1967.
- 16.- TRABUCCHI ALBERTO. Instituciones de Derecho Civil. Tomo - II. Traducción de la Decimoquinta Edición Italiana, con-- notas y concordancias al Derecho Español, por Luis Martínez-Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967.
- 17.- WESTERMARCK EDWARD ALEXANDER. Historia del Matrimonio. -- Traducido del Inglés por Isabel de Palencia. Editorial España. Madrid, 1932.
- 18.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. -- Edición de la Secretaría de Gobernación. Talleres Gráficos de la Nación. México, 1985.
- 19.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Quincuagésima Edición (actualizada). Editorial Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15. México, D.F. 1982.
- 20.- CODIGO CIVIL MEXICANO DE 1870. Formado de orden del Supremo Gobierno. Ediciones Oficiales. Imprenta de Vicente G.- Torres. San Juan de Letrán Número 3.
- 21.- CODIGO CIVIL MEXICANO DE 1884. Formado de orden del Supremo Gobierno. Ediciones Oficiales. Imprenta de Vicente G.- Torres. San Juan de Letrán Número 3.
- 22.- LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917. Ediciones Oficiales.